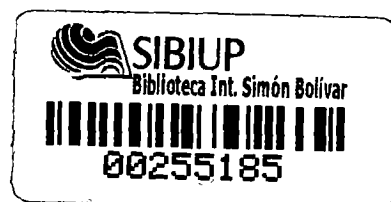


UNIVERSIDAD DE PANAMA

VICE-RECTORÍA DE INVESTIGACIÓN Y POST-GRADO

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL



ASPECTOS PROBATORIOS EN LA RESPONSABILIDAD

CIVIL MÉDICA, EN LA DOCTRINA Y LA LEGISLACIÓN PANAMEÑA

LENIS MAYANÍN ORTEGA CANDANEDO

**TESIS PRESENTADA COMO UNO DE LOS REQUISITOS PARA OPTAR AL
GRADO DE MAESTRO EN DERECHO CON ESPECIALIZACIÓN EN
DERECHO PROCESAL.**

PANAMA, REPÚBLICA DE PANAMA

1997

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

PROGRAMA DE MAESTRIA EN DERECHO PROCESAL



Coordinador

Panamá, 22 de abril de 1997.

DR. GUSTAVO AROSEMENA
VICERRECTOR DE INVESTIGACION Y POSTGRADO
UNIVERSIDAD DE PANAMA
E. S. D.

Señor Vicerrector:

Hago de su conocimiento que la licenciada LENIS ORTEGA CANDANEDO sustentó y aprobó su tesis denominada "ASPECTOS PROBATORIOS EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL MEDICA, EN LA DOCTRINA Y LA LEGISLACION PANAMENA", como parte de los requisitos para optar por el grado de Maestro en Derecho con especialización en Derecho Procesal que otorga la facultad de Derecho de la Universidad de Panamá. El acto de sustentación tuvo lugar el pasado lunes 21 de abril a las 6:00 p.m., en la aula A-12; para los efectos pertinentes le adjunto tres ejemplares de esta tesis.

Del Señor Vicerrector, con respeto:

Prof. JORGE FABREGA P.
Coordinador de la Maestría
en Derecho Procesal

DEDICATORIA

**A mis seres queridos
que comparten mis
alegrías y tristezas.**

AGRADECIMIENTO

A todos los profesores que compartieron sus conocimientos y sacrificaron su tiempo en la formación del Primer Grupo de Maestría en Derecho con especialización en Derecho Procesal de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá.

Índice

Introducción.....	xv
--------------------------	-----------

Capítulo Primero **De la Responsabilidad Civil en la Actividad Médica**

1. La Responsabilidad Civil en General.....	2
2. Naturaleza de la Responsabilidad Civil Médica.....	4
2.1. Tesis Contractual.....	4
2.1.1. Elementos para la validez de los contratos..	6
a) Consentimiento.....	6
a 1.) En la legislación panameña	7
a.1.1) Error.....	9
a.1.2) Violencia o intimidación ...	10
a.1.3) Dolo.....	12
a.2.) En la doctrina	13
a.2.1.) Antecedentes.....	14
a 2.2.) Derechos del paciente y respeto a la dignidad humana.....	14
a.2.3.) Alcance de las obligaciones de medios y de resultado.	15
a 2.4.) El consentimiento debe ser escrito en tratamientos o intervenciones trascendentes en la vida del paciente	15

a.2.5.)	El consentimiento no se presume.....	16
a.2.6.)	El consentimiento escrito.. .. .	16
a.2.7.)	Consentimiento informado	17
a.2.8.)	El consentimiento en caso de emergencias médicas.....	17
a.2.9.)	Límites de la emergencia médica.....	18
a.2.10.)	Respeto a la dignidad humana.....	18
a.2.11.)	Alcance del consentimiento manifestado por los padres de pacientes menores de edad	19
b)	Objeto.....	20
c)	Causa.. .. .	22
2.1.2.	El contrato en el área de la salud.....	24
a)	Existencia del contrato	25
b)	Elementos del contrato.....	26
2.2.	Tesis Extracontractual.....	27
2.2.1.	Elementos de la responsabilidad civil extracontractual.....	27
a)	Hecho.....	28
b)	Nexo causal.....	29
c)	Daño.....	30
d)	Culpa.. .. .	32
2.3.	Tesis Unificadora de la responsabilidad contractual y extracontractual. ..	33
3.	Naturaleza Contractual o Extracontractual de la relación médico - paciente....	34

Capítulo Segundo

La Culpa en la Actividad Médica

1.	Concepto de Culpa.....	40
1.1.	En la Doctrina.....	40
1.2.	En el Código Civil Panameño.....	44
1.2.1.	Culpa Grave.....	44
1.2.2.	Culpa Leve.....	45
1.2.3.	Culpa Levísima.....	45
2	Eximentes de Culpabilidad.....	46
2.1.	En el Código Civil panameño.....	46
2.2.	En la Doctrina.....	46
2.2.1.	Error excusable.....	46
2.2.2.	Caso fortuito y fuerza mayor.....	47
2.2.3.	Conducta del enfermo.....	49
2.2.4.	Fracaso del tratamiento.....	49
2.2.5.	Estado de necesidad y prescindencia del consentimiento del paciente.....	50
3.	Elementos de la culpa en la actividad médica.....	51
3.1.	Negligencia.....	51
3.2.	Impericia.....	52
3.3.	Imprudencia.....	53
3.4	Violación de la lex artis.....	54

Capítulo Tercero
Aspectos Procesales y Probatorios de la Culpa Médica

1.	En Materia de Responsabilidad Civil	57
1.1.	Normas del Código Civil aplicables	57
2.	En Materia de Procedimiento.....	60
2.1.	Procedimiento aplicable.....	60
2.1.1.	Libelo de la demanda.....	60
2.1.2.	Corrección de la demanda	60
2.1.3.	Contestación de la demanda.....	61
2.1.4.	Corrección de la contestación.	61
2.1.5.	Cuantía de la demanda.....	62
2.1.6.	Prescripción de la pretensión... ..	63
3.	En Materia de Responsabilidad Penal.....	65
3.1.	Normas del Código Penal aplicables:	65
4.	Aspectos Probatorios.....	68
4.1.	Concepto de prueba.	69
4.2.	Fuente de prueba.....	73
4.3.	Argumentos de prueba.....	74
4.4.	Excepciones probatorias.....	74
5.	Principios Generales de las Pruebas	76
5.1.	Necesidad de probar.....	76
5.2.	Formalidad de la prueba.....	76

5.3.	Oportunidad de la prueba.....	77
5.4.	Publicidad de la prueba.....	77
5.5.	Contradicción de la prueba.....	77
5.6.	Eficacia de la prueba.....	78
5.7.	Inmediación de la prueba.....	78
5.8	Originalidad de la prueba.....	79
5.9.	Concentración de la prueba.....	79
5.10.	Libertad de la prueba.....	79
6.	Medios de Prueba Idóneos.....	80
6.1.	Prueba pericial.....	82
6.2.	Prueba documental	82
6.3.	Testimonio.....	84
7.	Carga De La Prueba.....	86

Capítulo Cuarto **La Prueba Pericial Médica**

1.	Necesidad de la Prueba en la Actividad Médica.....	94
2.	Requisitos para la Eficacia Probatoria del Dictamen Pericial, según el Dr. Hernando Devis Echandia.....	99
2.1.	Que sea un medio conducente.....	99
2.2.	Que el dictamen sea pertinente.	100
2.3.	Que el perito sea experto y competente.....	101
2.4.	Que el perito sea imparcial y sincero.	101

2.5.	Que no haya objeción oportuna al dictamen.....	102
2.6.	Que el dictamen esté debidamente fundamentado.	102
2.7.	Que las conclusiones del dictamen sean claras y firmes.....	103
2.8.	Que las conclusiones sean convincentes.....	103
2.9.	Que el dictamen no sea dudoso o incierto.....	104
2.10.	Que no haya rectificación o retractación de fondo del contenido del informe.	104
2.11.	Que el dictamen sea oportuno.	105
2.12.	Que se respete el derecho de defensa.....	105
2.13.	Que los peritos no excedan los límites de su encargo.....	106
2.14.	Que no se haya declarado judicialmente la falsedad del dictamen.....	106
2.15.	Que el hecho no sea jurídicamente imposible.	107
2.16.	Que los peritos no violen la reserva legal o el secreto profesional de los documentos usados en su dictamen.....	107
3.	Análisis de los Requisitos para la validez del dictamen en la doctrina y en la Legislación Panameña.....	108
3.1.	Que la pericia la ordene el Juez.....	108
3.2.	Que el perito sea idóneo.	111
3.3.	Que el perito tome posesión del cargo.....	112
3.4.	Presentación y sustentación del dictamen.....	112
3.5.	El dictamen debe estar libre de vicios.....	113
3.6.	Que el examen no esté prohibido por Ley.....	113
3.7.	Que el examen lo haya realizado el perito.....	115
3.8.	El perito sólo debe usar métodos legítimos... ..	116

3.9.	El examen se debe realizar en proceso no viciado.....	117
3.10.	Deliberación conjunta.....	117
3.11.	Debe versar sobre los hechos.....	118
3.12.	La pericia debe realizarla un tercero.....	119

Capítulo Quinto

La Prueba en Obligaciones de Medios y de Resultado

1.	Deberes de los Médicos.....	126
2.	Obligaciones de Medios..	129
2 1.	Nociones Generales.....	129
3.	Obligaciones de Resultado.....	131
3 1.	Nociones Generales.....	131
4.	Carga de la Prueba en obligaciones de medios y de resultado.....	134
4.1.	Carga de la Prueba en Obligaciones de Medios	134
4.2.	Carga de La Prueba en Obligaciones de Resultado.....	135
5.	Diferencias entre obligaciones de medios y de resultado.....	136
6.	Modalidades de la prueba en la culpa médica.....	137
6.1.	Teoría de la presunción.....	137
6.2	Teoría de las cargas probatorias dinámicas.	139
6.3.	Teoría de la prueba de la culpa virtual.....	141
6.4.	La prueba "Diabólica".....	143
6.5.	Prueba de la diligencia y cuidado del Médico Tratante.....	148

6.6. Imposibilidad de lograr la prueba en casos especiales.....	150
6.7. La prueba de la culpa en la Responsabilidad Civil Contractual.....	151
6.8. La prueba de la culpa en la Responsabilidad Civil Extracontractual.....	151
Conclusiones.....	156
Recomendaciones.....	168
 Anexo No. 1 Código de Ética de la Asociación Médica Nacional de la República de Panamá. Aprobado por el Consejo Ejecutivo Nacional durante la presidencia de la Doctora Maria Villaláz de Arias (1983-1984)..	 171
 Anexo No. 2 Ley No. 23 de 1981, Por medio de la cual El Congreso de Colombia, dicta normas en materia de Ética Médica	 206
 Anexo No. 3 Decreto No. 3380 de 1981, Por el cual se reglamenta la Ley 23 de 1981, Sobre “Normas en Materia de Ética Médica en la República de Colombia.....	 223
 Anexo No. 4 Exposición de motivos de proyecto de ley de la República de Argentina, Sobre “Modelo Orientador de Ley de Protección al Médico, consignando los derechos que le competen”	 231
 Anexo No. 5 Sentencia # 477195 Ref. : Expediente T-65087. Temas: -El consentimiento informado del paciente. -El derecho a la identidad. - La fuerza vinculante de los tratados de derechos humanos. Santa Fe de Bogotá D.C Veintitrés (23) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995)	 235
 Anexo No. 6 Compendio de Leyes, Estatutos y Reglamentos del “Colegio de Médicos y Cirujanos de Guatemala” - Ley de Colegiación Profesional Obligatoria (Dcto. 62-91) - Estatutos del Colegio de Médicos y Cirujanos de Guatemala -Reglamento del Tribunal de Honor - Código Deontológico - Reglamento del Plan de Prestaciones del Colegio de Médicos y Cirujanos de Guatemala.....	 323

Anexo No. 7

Ley Orgánica del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica - Reglamento a la Ley Orgánica del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica	339
--	-----

Anexo No. 8

Proyecto No. 1-96-057 de: Ley de Responsabilidad y Mala Práctica Médica. Este proyecto ingresó al Congreso Nacional de la República de Ecuador el 4 de septiembre de 1996, actualmente en discusión.....	366
--	-----

Bibliografía.....	374
--------------------------	------------

INDICE DE ABREVIATURAS

C.C. :	Código Civil de Panamá
C.J. :	Código Judicial de Panamá
C.P.:	Código Penal de Panamá
G.O.:	Gaceta Oficial de Panamá

INTRODUCCIÓN

La legislación panameña no tiene una ley especial que regule la actividad profesional de los médicos y determine las conductas culposas que pueden dar lugar a reclamos por daño injustamente causado. Esta laguna legal no beneficia a médicos ni a pacientes y sólo contribuye a incentivar el morbo y la desinformación que rodean a las demandas por mala práctica en nuestro país, sea que se trate de una reclamación justa o temeraria.

La carencia de normas expresas obliga a utilizar las generales sobre responsabilidad por conducta culposa que tiene el **Código Civil**, **Código Penal** y las normas de procedimiento penal o civil que contiene el **Código Judicial**. Las normas mencionadas regulan conductas generales que no recogen la realidad de la problemática médico legal y las características específicas que solo se encuentran en la actividad médica y, por ende, no resuelven los problemas que se suscitan dentro de esta relación que se origina por el interés del hombre de preservar su vida

En cuanto al tema escogido denominado "**Los Aspectos Probatorios de la Culpa Médica en la Doctrina y en la Legislación Panameña**", el mismo busca señalar la mayor dificultad que confrontan demandante, demandado y juzgador al momento de desatar la controversia planteada, concerniente a la aportación y valoración de la prueba idónea para demostrar la presencia o ausencia de culpa en la conducta del médico. Esto es así porque el conocimiento científico que debemos tratar en este tipo de procesos no está al alcance del hombre promedio, situación que obliga a recurrir a la ayuda de peritos que ilustren a las partes y al juzgador acerca de los puntos en controversia.

En la práctica esta solución no es sencilla de aplicar, porque no resulta tarea fácil

encontrar médicos dispuestos a aceptar el cargo de peritos y sustentar un informe que podría resultar en contra de un colega en ejercicio activo de la profesión. Este problema podría solucionarse aunque fuera parcialmente, si se cumple lo que ordena el artículo 958 del Código Judicial que dice que el Órgano Judicial designará un cuerpo de peritos, lo cual no se ha podido lograr hasta la fecha. En países desarrollados con grandes recursos económicos, alta tecnología, mayor población y médicos, existen agrupaciones de profesionales de la medicina dedicados, de manera exclusiva, a la profesión de peritos lo que elimina el punto de conflicto con los colegas.

Según el Consejo Técnico de Salud, del Ministerio de Salud, para el año de 1996, estaban autorizados para ejercer la medicina en la República de Panamá cuatro mil quinientos cincuenta y cuatro (4,554) médicos, entre generales y especialistas y para el 21 de abril de 1997 esta cifra ascendió a cuatro mil setecientos cuarenta y siete (4,747), lo que muestra un incremento de 193 médicos en un año, es decir, 4.25 % sobre el año anterior, para atender una población de 2,329,329, según el censo de 1990, lo que produce una relación de 844 habitantes por médico. Para el año de 1994 se estimó que la población aumentaría a 2,563,000 habitantes y para el año 2,000 a 3,324,000 habitantes, lo que muestra un crecimiento de población proporcional con la de los médicos.

No obstante el número de médicos que ejercen su profesión en el territorio nacional y las quejas que escuchamos en los medios de comunicación social, son escasos los procesos que por mala práctica médica se han promovido en los Tribunales y el promedio de duración de éstos es de más de seis años. Esta situación da como resultado que nuestro país no cuente con jurisprudencia abundante en lo que respecta a procesos por

mala práctica médica, sea que se trate de responsabilidad penal, civil o administrativa.

A fin de ilustrar esta investigación presento una breve reseña de algunos procesos por mala práctica médica, promovidos a partir del año 1982 a la fecha, veamos:

1º El 7 de enero de 1982, **Mario Van Kwartel y Eneida Pérez de Van Kwartel**, en nombre y representación de su hijo **Eric Mario Van Kwartel (Q.E.P.D.)**, denuncian a la Dra. **Vera Judith Chorres de Lavergne**; Dr. **José Leonardo Díaz** y Dr. **Ricardo Castro**, todos de servicio en el Hospital Santo Tomás.

Denuncia Formulada : Homicidio Culposo por mala práctica médica, en sus formas de negligencia, imprudencia e impericia.

Fecha de la Denuncia: 7 de enero de 1982

Presentada: Ministerio Público. La investigación quedó radicada en la Fiscalía Primera del Circuito, bajo la responsabilidad del Fiscal **Secundino Chávez Hijo**, quien emitió su Vista Fiscal el 6 de julio de 1982 y en la misma concluyó, lo siguiente:

*El deceso del paciente **Eric Mario Van Kwartel** ha sido acreditado con el documento incorporado a fojas 291 del expediente con la cual se comprueba el elemento objetivo del delito. En cuanto al aspecto responsabilidad que el hecho genera, estimamos que en la conducta de los Doctores **José Leonardo Díaz** y **Vera Judith Chorres de Lavergne** existió negligencia en sus oficio o profesión dando como resultado el deceso del paciente **Van Kwartel**, sustrayéndose ambos médicos a las obligaciones que en sus condiciones de facultativos habían contraído con dicho paciente y como consecuencia de esta conducta negligente tuvo lugar su muerte.*

*Así las cosas y habiéndose cumplido con las exigencias del Artículo 2147 del Código Judicial, vengo a solicitarle la Apertura de Causa Criminal contra **JOSÉ LEONARDO DÍAZ** y **VERA JUDITH CHORRES DE LAVERGNE** como infractores de las disposiciones legales contenidas en el Libro II, Título XII, Capítulo Iro. del Código Judicial y Sobresea Provisionalmente a favor del Doctor **Ricardo Castro** con fundamento en la norma procesal señalado en el numeral 2do. del Artículo 2137 del Código*

Judicial."

Situación: Se decretó la prescripción de la acción penal.

2° Adela Cedeño demanda al Doctor Dionisio Hernández P., y a la Caja De Seguro Social.

Demanda Presentada: Proceso Ordinario de mayor cuantía por daños y perjuicios contra el cirujano que realizó la operación y la institución hospitalaria donde se practicó la intervención por falla del servicio médico y hospitalario del ente Estatal denominado **Caja de Seguro Social.**

Fecha del Hecho: Febrero de 1987

Radicada : En el Juzgado II de Circuito de lo Civil del Primer Circuito Judicial de Panamá. Este Tribunal, mediante Sentencia del 21 de abril de 1992, niega la pretensión. El Primer Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial confirma la sentencia recurrida.

3° José Terán Sittón y Gloria Cecilia Pino De Terán, contra la Doctora Britannia Rodaniche.

Demanda Presentada: Proceso ordinario de mayor cuantía por negligencia médica.

Fecha del Hecho: 13 de septiembre de 1985

Radicada : En el Juzgado Primero de Circuito de lo Civil del Primer Circuito Judicial de Panamá. Este Tribunal emitió Sentencia el 8 de octubre de 1993 y condenó en abstracto a los demandados, por daños materiales y morales. La suma a pagar será estimada a través de liquidación motivada.

Situación: Actualmente se surte la alzada en el Primer Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial.

4° Francis Valina Sam Wong, contra el Dr. Mario Julio Giron Ortega; Dra. Saralia Barraza Isaacs; Dra. Evelia María Aparicio De Esquivel y Dr. Ivo Guerra.

Denuncia Formulada : Homicidio Culposos en perjuicio de Javier Frank Sam Wong

Fecha del Deceso: 25 de junio de 1991.

Radicada : Ante el Juzgado Primero Municipal de David, Ramo Penal. Este Tribunal mediante Sentencia # 56 del 18 de diciembre de 1996, resolvió absolver a los cuatro procesados cuando expresamente dijo:

“Es oportuno dejar sentado, una vez más, que no se ha establecido fehacientemente si los galenos que se encuentran sindicados en este proceso, actuaron negligentemente, ya que se obvió el Protocolo de Necropsia respectivo, o más bien la Autopsia, ya que por no ser requerida ésta por el Ministerio Público o por los médicos tratantes, la que demostraría a ciencia cierta si el hoy occiso feneció por DIABETES MELLITUS o PANCREATITIS, debido a la ingesta exagerada de alcohol; no comprobándose así el nexo de causalidad, repetido en todo lo largo de la encuesta penal”.

5° Roberto Enrique Malek y Brenda Valladares De Malek en sus propios nombres y en representación de Roberto Enrique Malek Valladares, en contra de Clínicas y Hospitales, S.A. (Centro Médico Paitilla), Dr. Ramón Crespo Berges, Dra. Sonia Portillo H. y Dra. Xiomara M. De Rovira.

Demanda Presentada: Proceso ordinario de mayor cuantía por daños y perjuicios materiales y morales.

Cuantía: B/850,000.00.

Fecha del Hecho: 13 de octubre 1989.

Radicada: En el Juzgado Séptimo de Circuito de lo Civil del Primer Circuito Judicial de Panamá.

Este Tribunal en sentencia # 26 del 15 de abril de 1996 condenó a los demandados, tanto médicos como ente hospitalario, al pago de la suma de veintiún mil quinientos noventa y dos balboas con 68/100 (B/ 21,592.68), en concepto de daños y perjuicios materiales y la suma de doscientos mil balboas con 00/100 (B/ 200,000), en concepto de daños y perjuicios morales. Dicha sentencia, en lo medular de su parte resolutive dice:

"Siendo que de la realidad anterior derivaron daños y perjuicios materiales y morales, pues no hay duda de la existencia y configuración de dichos daños, lo único que debe aclararse de que los daños materiales causados quedan limitados a los desembolsos por gastos de hospitalización y lo pagado por los servicios de terapias a que fuera sometido el paciente; mientras que los daños morales corresponden a los que se han configurado por la afectación de los sentimientos del paciente y sus padres, durante los momentos críticos en que experimentaron episodios de dolor, tristeza, angustia, depresión, ansiedad, etc."

Situación Actual : La sentencia # 26 del 15 de abril de 1996, fue apelada y la misma se encuentra en el Primer Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial de Panamá, a fin de resolver la alzada.

Como no existe una Ley especial que regule esta profesión y determine los presupuestos que deben estar presentes para admitir una demanda por mala práctica los médicos se ven sometidos al rigor de largos y complicados procesos legales que, en la mayoría de los casos, no tienen argumentos de peso para continuar; pero por falta de un procedimiento que establezca estos requisitos se siguen presentando demandas temerarias.

Los demandantes tambien sufren todos los inconvenientes del proceso sumado a la

pena de la víctima, porque se encuentran bajo la creencia de que tienen razón en su petición, para darse cuenta al final que no era así y sólo les queda la secuela de un largo y costoso proceso.

Por considerarlo de interés para los fines de este trabajo cito un artículo aparecido en el Diario **La Prensa**, fechado 23 de julio de 1996 denominado **¿ La justicia contra los médicos ?**, cuyo autor es **Basilio Dobras**, médico nefrólogo, pediatra, el cual se explica por si mismo. Veamos

¿ La Justicia contra los médicos ?

"Hace cinco años un joven gravemente enfermo ingresó a determinado hospital del país, muriendo 48 horas más tarde. Unos días después, los médicos involucrados en el manejo del paciente eran acusados de homicidio culposo y negligencia en el ejercicio de sus funciones.

Noticias como esta hoy plagan las páginas de diarios de Panamá y de todo el mundo. Y nuevos juicios por negligencia médica surgen por doquier, llenando de oprobio a la que fuera una de las profesiones más respetables desde los tiempos de Hipócrates.

¿Qué ha pasado con la justicia y los médicos? ¿Son estos víctimas de complejos subterfugios legales promovidos por enemigos ocultos? ¿O es que la medicina, efectivamente, profundiza raíces en una crisis ética y científica que ha hecho del paciente la principal víctima?

Todo parece indicar que existe una crisis: los médicos conforman hoy uno de los más grandes y poderosos cuerpos profesionales, y el crecimiento desmedido ha llevado que, desafortunadamente, aparezcan elementos negativos a nuestra profesión que, aprovechándose de las necesidades y de la desesperación de los enfermos, lucran descaradamente.

El grupo médico, como cualquier otro colectivo de profesionales, no está exento de tener entre sus filas a "ovejas negras". Por ende, es necesario que existan entes reguladores que protejan a los pacientes de los abusos de la mala medicina. De hecho, los colegios, consejos médicos y comités de deontología encargados de vigilar la calidad de atención, han estado presentes en todos los países desde mucho antes que cobraran las demandas. Pero en la práctica poco o nada están haciendo para sancionar a los profesionales que atentan contra la medicina.

De allí que el paciente o los familiares que se sienten afectados por la mala práctica médica no acudan a estas instancias y prefieren recurrir a lo que está en boga: la denuncia judicial. Hoy por hoy no existe, desafortunadamente, defensa más efectiva que ésta para el paciente o familiar que busca resarcirse del daño que

se le ha infringido. Y al acudir al Código Penal obvia involuntariamente la finalidad primordial de la sanción ética y profesional al error médico para arribar directamente a la solución penal de la negligencia criminal.

Esta práctica legal, sin embargo, también ha ido degenerando con el tiempo, y hoy, abogados sin escrúpulos, aprovechando el desconuelo de enfermo o de la familia, a la sombra del "pacto de cuota litis" o fuera de ella, acuerdan repartirse el resultado a menudo exitoso de las cuantiosas indemnizaciones frecuentemente obtenidas por esta vía judicial.

La explotación de la denuncia judicial contra los médicos ha llegado a convertirse, en países como Estados Unidos de Norteamérica, en una empresa próspera a cargo de gabinetes jurídicos de renombre, quienes emplean abogados que han estudiado medicina con el propósito de enriquecerse rápidamente.

Obviamente el mayor perdedor seguirá siendo el enfermo: todo el dinero del mundo no será capaz de resarcir nunca su vida malograda.

La demanda contra los médicos no ha cumplido, por desgracia, con el cometido de disminuir la incidencia de la práctica en países en donde la experiencia en la materia ha sido profusa. Cada día hay más denuncias y juicios por mala práctica. En cambio, la medida ha provocado desastrosas consecuencias: el encarecimiento de la medicina como resultado de la aplicación de exorbitantes seguros contra demandas para médicos; la puesta en práctica de la llamada "medicina defensiva" con la cual el médico busca protegerse, indicándole al paciente cuantiosas pruebas diagnósticas que terminan por encarecer aún más la atención médica; el deterioro de la imagen de la mayoría de los médicos que ejercemos con responsabilidad la profesión, lo cual genera desconfianza y distanciamiento en la ya mermada relación médico-paciente. Tristemente algunos colegas han hecho suya la frase: "Mira a cada paciente que entre a tu consultorio como un potencial enemigo".

Habiéndose mostrado que la denuncia judicial es poco eficaz para erradicar, o al menos minimizar la mala práctica, nos corresponde ahora a los propios médicos encontrar mecanismos que sean realmente útiles para lograr dicho objetivo. Esto podría incluir: mejor formación académica y deontológica en las escuelas de medicina, certificación de médicos generales y especialistas a través de exámenes obligatorios y periódicos, mayor apoyo a programas de educación continua, y la promulgación y cumplimiento de reglamentos que permitan sancionar eficazmente a quienes realmente incurran en la mala práctica.

Porque no es justo que la irresponsabilidad de unos cuantos manche el honor de un gremio médico en su mayoría respetuoso de la vida humana. Y menos justo aún es que gente inocente continúe pagando la negligencia de unos cuantos con su propia vida."

El autor de éste artículo es médico y desde este ángulo presenta un diagnóstico acerca

de la problemática en esta actividad profesional, que está de más comentarlo, salvo para

reconocer su esfuerzo y contribuir en la búsqueda de una solución justa al problema planteado.

Este trabajo de investigación consta de cinco capítulos divididos de la siguiente manera:

En el primer capítulo tratamos el Tema "**De la Responsabilidad Civil en la Actividad Medica**" donde se define la responsabilidad en general, las teorías que la sustentan, los elementos para la validez de los contratos en la doctrina y en la legislación panameña y la naturaleza jurídica de esta relación.

En el segundo capítulo examinamos el tema concerniente a "**La Culpa en la Actividad Medica**", concepto, sus elementos como la impericia, negligencia, imprudencia y violación de reglamentos y las eximentes de culpabilidad en la doctrina y en la legislación panameña.

En el capítulo tercero desarrollamos los "**Aspectos Procesales y Probatorios de la Culpa Medica**". En los aspectos procesales revisamos las normas del Código Civil, Código Penal y de procedimiento del Código Judicial, Libro II y III aplicables para deslindar la responsabilidad profesional de los médicos. En los aspectos probatorios se trata el concepto, fuente y argumentos de prueba; así como las excepciones probatorias, medios de pruebas y carga probatoria.

El cuarto capítulo trata sobre "**La Prueba Pericial Medica**", desde su conveniencia, requisitos para la eficacia probatoria del dictamen y los requisitos para la validez del dictamen en la doctrina y en la legislación panameña y luego de este análisis arribamos a la conclusión de que es la prueba idónea para utilizar en procesos por mala práctica

médica.

En el quinto y último capítulo se analiza **"La Prueba en obligaciones de medios y de resultado"**, se definen las obligaciones de medios y de resultado; carga de la prueba y sus diferencias; además, se explican las teorías que se han formulando respecto a la prueba de la culpa médica.

La problemática planteada, cuyo origen se encuentra en la carencia de una Ley especial que regule la relación médico-paciente, produce serias dificultades en la consecución e interpretación de la prueba; definición de la carga probatoria en obligaciones de medios y de resultado; necesidad de contar con peritos independientes; desinformación acerca de las prácticas médicas que pueden dar origen a una conducta culposa y el daño moral irreparable que puede causar una demanda temeraria en la imagen profesional de un médico, por tratarse de una relación **"intuitu personae"**, cabe decir que la misma se basa en la confianza que deposita el paciente en su médico. Estos y otros inconvenientes que hemos observado en el desempeño de esta actividad motivaron esta investigación que, de manera modesta, solo pretende despertar algún interés en los sectores involucrados.

Capítulo Primero

De la Responsabilidad Civil en la Actividad Médica

DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA ACTIVIDAD MÉDICA

1. La Responsabilidad Civil en General.

Desde tiempos inmemoriales el hombre usó la fuerza contra el agresor para vengar el daño sufrido, de esa época podemos mencionar la "**Ley del Talión**" que disponía que el victimario recibiera daño en el mismo grado que el ocasionado a la víctima. Esta concepción cambia en la medida en que el hombre se supera y se da cuenta que la venganza sólo le produce más luto y dolor e inicia la búsqueda de mecanismos para la reparación del daño que injustamente le han causado.

El principio "**Neminem Laedere**" es de origen latino y significa no hacer o causar daño a otro y es uno de los fundamentos en que se sustenta el derecho para pedir la reparación del daño. La violación de este principio genera para la víctima el derecho a pedir la reparación del daño injustamente causado y para el agresor la obligación de resarcirlo, aceptando de esta manera el deber jurídico y moral de la carga de su responsabilidad.

Con este nuevo enfoque surge una incipiente clasificación de los delitos por razón del daño producido, dividiéndolos en delitos públicos cuando el daño lo recibe el Estado y delitos privados cuando el daño lo recibe un particular. En esta modesta concepción se vislumbra lo que hoy día se conoce como responsabilidad penal exigible por la violación de la ley penal y que recibe como sanción una pena o una

medida de seguridad y la responsabilidad civil que busca el resarcimiento de los daños materiales o morales causados, **“exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder”**, así lo regula el artículo 1645 del C.C. patrio.

El Doctor **Carlos Mario Molina Arrubla** ubica el ámbito de la responsabilidad civil de esta manera:

“ Diremos que estamos en el campo de la responsabilidad civil, cuando una persona debe afrontar las consecuencias patrimoniales derivadas de un obrar suyo, que ha ocasionando daños a otra persona.

Siendo así las cosas, como en verdad se tiene que lo son, se tiene que la responsabilidad civil se fundamenta en dos pilares fundamentales: de una parte, en un obrar humano, esto es, en la observancia de un comportamiento por parte de una persona; y de la otra, en la causación de un daño, referido a los intereses de otra persona.

Ahora bien, se tiene que la responsabilidad civil, entonces, lo que persigue es indemnizar los perjuicios que le han sido irrogados a esa persona damnificada, como consecuencia de los daños ocasionados por el actuar del primero”.¹

Queda claro que una vez establecida la responsabilidad civil surge la obligación de reparar los daños ocasionados por una persona natural sobre otra, conocida como la teoría de los actos propios. Esta concepción tradicional se ha superado y hoy día se puede exigir responsabilidad por los hechos dañosos ocasionados por un tercero e inclusive por los daños que pueda producir un objeto material utilizado o no por una persona natural. El Doctor **Manuel Ossorio** define la responsabilidad civil de la siguiente manera:

“ La que lleva consigo el resarcimiento de los daños causados y de los perjuicios provocados por uno mismo o por tercero, por el que debe

¹ MOLINA ARRUBLA, C. M. 1994. Responsabilidad Penal en el Ejercicio de la Actividad Medica. Parte General. Primera edición 1994, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, pág. 9.

responderse." ²

En la doctrina se clasifica a la responsabilidad civil en contractual si tiene su origen en el quebrantamiento o incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la cláusula de un contrato y extracontractual cuando surge por los daños o perjuicios sufridos fuera de todo vínculo contractual, sea por dolo o culpa.

2. Naturaleza de la Responsabilidad Civil Médica.

Para los efectos de la presente investigación estudiaremos el daño causado por culpa en cualesquiera de sus manifestaciones, sea dentro de un acuerdo de voluntades llamada responsabilidad contractual o fuera de este acuerdo denominada responsabilidad extracontractual.

2.1. Tesis Contractual

La tesis contractual afirma que la responsabilidad civil se origina por la violación, incumplimiento o cumplimiento imperfecto de los términos de un acuerdo previamente pactado, verbal o escrito el cual se perfecciona por el mero consentimiento de las partes libremente expresado; en este tipo de contrato podemos incluir los de prestación de servicios médicos.

El Dr. Alberto Bueres analiza la responsabilidad contractual y sobre ésta indica:

² OSSORIO, M., 1989. Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales. Editorial Heliasta, Buenos Aires, pág. 674.

" Como regla general la responsabilidad de los galenos es de naturaleza contractual, sin perjuicio de que en ciertos casos existen excepciones que justifican la aplicación de las normas que rigen la responsabilidad extracontractual"³

En este mismo sentido opina la Doctora Rosana Pérez De Leal, cuando dice:

" En la actualidad es doctrina mayoritaria y criterio sentado en forma prácticamente unánime que la relación que une a médico y paciente tiene su origen en un acuerdo de voluntades expreso o tácito entre las partes y que frente al daño injustamente causado nace un deber de responder que por regla general reconoce su génesis en el campo contractual y excepcionalmente extracontractual".⁴

La mayoría de los tratadistas aceptan que la responsabilidad médico-paciente se origina en un vínculo contractual y el reclamo se produce por violación, incumplimiento o cumplimiento imperfecto de los términos pactados, siendo ésta la regla general y la excepción es la responsabilidad extracontractual que surge fuera de un acuerdo de voluntades.

El Doctor Sergio Yepes Restrepo opina sobre éste mismo tema:

" En lo que al ejercicio de la medicina se refiere, podemos señalar que la regla general es que se aplique la responsabilidad civil contractual, ya que lo normal es que la prestación de un servicio médico particular este precedido de la celebración de un contrato.

Sin embargo, se dan otras hipótesis frecuentes en que no existiendo vínculo obligacional, se lleve a cabo la prestación de estos servicios ya sea que se trate de un paciente inconsciente ya sea que el médico intervenga unilateralmente, o cuando el contrato adolece de algún vicio jurídico que afecte su validez.

Igualmente aún existiendo contrato puede ejercerse la acción personal extracontractual por parte de los herederos cuando el paciente fallece.

De todas maneras podemos afirmar que la actividad del Médico debe realizarse (exista o no contrato), de acuerdo a unas directrices comprendidas en las normas ético-médicas y en las técnicas señaladas por la práctica médica y, por esta razón, sus deberes y obligaciones son los mismos, tanto en el plano

³ BUERES, A. J., 1989. Responsabilidad Civil de los Médicos, Clínicas y Establecimientos Médicos. Revista Jurídica de San Isidro No. 25, pág. 20.

⁴ PÉREZ DE LEAL, R. 1995. Responsabilidad Civil del Médico. Tendencias Clásicas y Modernas, Doctrina, Jurisprudencia y Legislación, editorial Universal, Buenos Aires, pág. 29.

contractual como en el extracontractual".⁵

2.1.1. Elementos para la validez de los contratos

Por considerarlo de interés para la presente investigación analizaremos los requisitos esenciales para la validez de los contratos que regula el C.C. adecuándolos, en la medida de lo posible, dentro del contrato específico de prestación de servicios médicos.

Para que un contrato surta los efectos jurídicos esperados debe cumplir algunos requisitos esenciales que lo perfeccionan, nuestro Código Civil los regula en el Cap. II, **"DE LOS REQUISITOS ESENCIALES PARA LA VALIDEZ DE LOS CONTRATOS"**, así dice:

" Artículo 1112: No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:

- 1. consentimiento de los contratantes;**
- 2. objeto cierto que sea materia del contrato;**
- 3. causa de la obligación que se establezca."**

Para que se cumpla el cometido propuesto analizaremos estos requisitos dentro de la perspectiva de la responsabilidad civil en la actividad médica, a saber:

a) Consentimiento

Consentimiento es una manifestación de voluntad que una persona capaz realiza como señal de aceptación de sus obligaciones.

⁵ YEPES RESTREPO, S. 1993. La Responsabilidad Civil Médica. 2a. Edición, Biblioteca Jurídica Diké, pág. 31 y 32.

a.1.) En la legislación panameña

Dice el artículo 1113 del C.C. que **"el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato"**; asimismo, dice que **"La aceptación hecha por carta no obliga al que hizo la oferta sino desde que llegó a su conocimiento. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta"**

El consentimiento en la relación médico-paciente no siempre se manifiesta de manera convencional o típica como sucede en la mayoría de los contratos. En este tipo de relación puede ocurrir que el enfermo se encuentre en condiciones de autorizar su propio tratamiento; pero cabe la posibilidad que en otro momento no se encuentre en capacidad de adoptar sus propias decisiones, sea por razón de una grave enfermedad; ancianos en etapa senil; accidentados en estado de inconsciencia; menores no emancipados; locos o dementes y los sordomudos que no sepan escribir, tal cual lo señala el artículo 1114, en concordancia con el artículo 1115, todos del C.C. el cual dice : **"La incapacidad declarada por el artículo anterior está sujeta a las modificaciones que la ley determina, y se entiende sin perjuicio de las incapacidades especiales que la misma establece"**. En los casos señalados los familiares, representantes o allegados del enfermo pueden decidir sobre el tratamiento, procedimiento o intervención quirúrgica que el enfermo requiera, en defecto de su voluntad expresa.

Tratándose de menores de edad corresponde a los padres o representantes tomar las

decisiones sobre el estado de salud de los mismos; no obstante, puede suceder que éstos no puedan o no deseen autorizar un determinado tratamiento o intervención; en este caso corresponde solicitar esta autorización al Juez de menores, en turno. Por ejemplo, cuando los familiares profesan una religión que prohíbe las transfusiones y con fundamento en esta creencia manifiestan su oposición para que el menor reciba la sangre que necesita para vivir. En estos casos queda al médico la alternativa de acudir a un Tribunal de menores para pedir la autorización que se requiere para proceder a transfundir la sangre; no obstante, en casos de extrema urgencia, el médico podrá actuar sin esta previa autorización del Juez de menores, porque la vida como bien superior no es disponible por otro ser humano, así se trate de la decisión del propio paciente sus familiares o representantes.

Como ya se expresó, el contrato para la prestación de servicios médicos no requiere de formalidades especiales, es atípico y eminentemente consensual; sin embargo, en la manifestación del consentimiento se debe cumplir con algunos requisitos que son más de orden moral y ético que legal, veamos:

- 1) En primer lugar el consentimiento debe manifestarlo el propio paciente y, en defecto de éste podrán brindarlo sus familiares, representantes o allegados.
- 2) El consentimiento deber ser informado, cabe decir que al paciente se le debe explicar con palabras sencillas la clase de enfermedad que padece y el tipo de tratamiento o intervención que requiere para el alivio o la curación de su enfermedad.
- 3) El paciente sólo podrá manifestar su consentimiento sobre bienes disponibles

respecto a su estado de salud, por ejemplo, procedimientos o tratamientos encaminados a mejorar o aliviar los malestares de su enfermedad o mejorar su calidad de vida; porque no podrá manifestar su consentimiento para producir su propia muerte o para mutilar sus órganos por muy noble que sea su propósito.

El consentimiento para que sea válido debe estar libre de vicios, así lo señala el artículo 1116 del C.C., cuando dice: **"Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo"**. Por su importancia revisaremos estos vicios, dentro del contexto del tema en desarrollo.

a.1.1) Error

Vicia el consentimiento porque la persona acepta una cláusula, un término o una circunstancia por una apreciación equivocada de la realidad material del hecho. En lo que respecta a la prestación de servicios médicos el paciente debe conocer el alcance del tratamiento o intervención que su médico recomienda; porque la omisión de esta información puede llevar al paciente a rechazar un tratamiento que necesita. Este tipo de situaciones suceden a menudo en casos de operaciones de cirugía plástica embellecedora o rejuvenecedora porque los médicos no dedican suficiente tiempo a explicar al paciente las técnicas que aplicarán y las posibilidades reales de lograr el éxito esperado con la intervención. Otro caso de error se puede dar cuando la atención médica la ofrece un impostor que dice ser médico y en virtud de este engaño

el paciente acepta someterse a un tratamiento que al final le causa daño; en ambos casos el paciente no conocía información sobre el tratamiento o sobre el médico tratante y, por ende, el consentimiento así manifestado no es válido y no surte efectos legales.

El artículo 1117 del C.C., establece el alcance del error que puede invalidar el consentimiento, así lo expresa:

" Para que el error invalide el consentimiento deberá recaer sobre la substancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo.

El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiere sido la causa principal del mismo. El simple error de cuenta sólo dará lugar a su corrección"

En nuestra legislación para que un error invalide el consentimiento debe recaer sobre un punto o condición esencial para la existencia del acuerdo, sin el cual no se hubiera contratado. En el campo de la salud puede darse el error cuando el paciente pide que le atienda un médico determinado, cabe decir que es una relación "intuitu personae", si esta condición no se cumple y lo atiende otro, el paciente podrá exigir responsabilidad por daños si no está conforme con el resultado.

a.1.2) Violencia o intimidación

Otro vicio del consentimiento lo encontramos regulado en el artículo 1118 del C.C. cuando dice:

" Hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible.

Hay intimidación cuando se inspira a uno de los contratantes el temor

racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes.

Para calificar la intimidación debe atenderse a la edad, al sexo y a la condición de la persona. El temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto no anulará el contrato".

De esta norma se infiere que no es cualquier temor el que se puede aducir para acreditar la intimidación, porque éste debe ser "**racional y fundado**"; cabe decir que las argumentaciones esgrimidas deben estar sustentadas y ejercidas sobre una persona con capacidad de análisis y en su sano juicio. En materia de servicios médicos es más frecuente el uso de la intimidación a través de la persuasión, por ejemplo, tenemos casos de cirujanos plásticos que convencen a las personas de la necesidad de someterse a operaciones de cirugía estética embellecedora o rejuvenecedora prometiendo resultados que no consiguen en la práctica, pero sin cuya promesa él o la paciente no se hubiera sometido a la intervención.

La edad también es un elemento que interviene en la manifestación del consentimiento porque la capacidad de discernir, adecuadamente, varía según la edad y podemos agregar que la condición económica y anímica de la persona también juega un papel muy importante al momento de convencerla de la necesidad del servicio, porque no actúa de igual manera el enfermo que carece de recursos económicos para escoger al médico de su confianza, en relación con otro que si los tiene y puede escoger el médico, el centro hospitalario y, en ocasiones, hasta el tratamiento más moderno para atender su problema de salud.

El artículo 1119 del C.C. dice que "**La violencia o intimidación anularán la obligación, aunque se hayan empleado por un tercero que no intervenga en el**

contrato", en ocasiones sucede que la presión no se ejerce sobre el propio paciente sino a través de una persona que lo representa y tiene algún grado de ascendencia sobre éste, como es el caso de los familiares, allegados o representantes, quienes se encargan de convencerlo de las bondades de una intervención o de un tratamiento.

a.1.3) Dolo

Es otro de los vicios del consentimiento y lo regula el C.C. en el artículo 1120, así lo expresa;

" Hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de una de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho"

El dolo es una forma sutil de intimidación donde se logra que la persona acepte algún término o condición utilizando engaños y maquinaciones insidiosas, sin las cuales la persona no lo hubiera aceptado. En nuestro campo de estudio se podría aplicar cuando un médico convence a una mujer de realizarse un tratamiento de fertilidad para procrear hijos a sabiendas que la mujer es completamente estéril y que el tratamiento sugerido no rendirá sus frutos. Dice el artículo 1121 del C.C. sobre el dolo y la nulidades de los contratos.

" Para que el dolo produzca la nulidad de los contratos, deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes.

El dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios"

El consentimiento es un requisito indispensable para que se perfeccione la relación contractual médico-paciente, sea que se trate de una revisión de rutina o para una

intervención delicada. La excepción a esta regla la encontramos cuando el paciente no puede emitir su consentimiento sea a consecuencia de la enfermedad física o mental que padece; por encontrarse en estado de inconsciencia a consecuencia de un accidente de cualquier índole o por razones de minoría de edad o estado senil. En los casos mencionados el consentimiento tendrá que ser otorgado por los familiares, representantes o allegados del enfermo, salvo que se trate de una urgencia médica, en cuyo caso el galeno procederá con el tratamiento o la intervención que se requiera para salvar la vida del paciente. Es importante reiterar que sólo se podrá actuar de esta forma en casos de extrema urgencia y donde exista peligro inminente para la vida del enfermo.

a.2.) En la doctrina

El consentimiento como manifestación de aceptación que hace el obligado, es uno de los elementos más importantes en toda relación contractual, por este motivo hemos considerado de interés citar fragmentos de la parte expositiva de la **Sentencia No. 477/95, Referencia: Expediente T-65087**; Peticionario: Menor: N.N., procedente de la Sala Civil del Tribunal Superior de Antioquía. Dado en la ciudad de Santa Fe de Bogotá D.C., fechada veintitrés (23) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995), la cual recoge la doctrina más avanzada en lo que respecta a la manifestación del consentimiento en la relación médico- paciente y el respeto a la dignidad humana.

Esta sentencia se pronuncia dentro del proceso de tutela identificado con el número

de radicación T-65087, adelantado por el Personero Municipal de A. A., quien actuó en representación del menor N.N., contra el médico que le hizo una operación al niño **"readecuándole"** el sexo, contra el Hospital Universitario San Vicente de Paúl donde se practicó la operación, contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que contribuyó a que la readecuación de sexo se efectuara y contra los padres del menor quienes autorizaron la operación de su hijo.

a.2.1.) Antecedentes.

La tutela la pide un menor de 14 años a quien se le denomina N.N., el cual pierde sus órganos sexuales, el 10 de marzo de 1981, a los 6 meses de edad, cuando sus padres, campesinos analfabetas, lo dejaron encerrado con una perra pequeña y ésta le cercenó el pene y los testículos de un mordisco. Al día siguiente de ocurrido el hecho, 11 de marzo de 1981, sus padres buscaron asistencia médica para su hijo y autorizaron a los médicos para que le realizaran una **"meatotomía"**, que es una reasignación de sexo de hombre a mujer, la cual se realizó el 21 de abril de 1981.

a.2.2.) Derechos del paciente y respeto a la dignidad humana.

En cuanto a los derechos del paciente la sentencia **"explica cuáles son los derechos del paciente frente a las intervenciones quirúrgicas; hace varias citas de tratadistas, entre ellas una que dice que es irrelevante e ineficaz la autorización**

en varios casos como la eutanasia, el aborto, la modificación de sexo". Sobre el respeto a la dignidad humana dice "que el cuerpo humano no puede estar sometido a vejámenes y si el médico lo hace viola el juramento Hipocrático, la Declaración de Ginebra y el Código Internacional de Ética Médica"

a.2.3.) Alcance de las obligaciones de medios y de resultado.

En la sentencia se dice que "Para que surja una relación con proyección jurídica entre el médico y su paciente se requiere acuerdo de voluntades hacia una prestación de servicios".

También se pronuncia acerca del alcance de las obligaciones de medios y de resultado, veamos:

" La obligación contractual o extracontractual del médico respecto del humano a quien va a tratar, buscando su "Curación" es una prestación de servicios que produce obligaciones de medio y no de resultado, enmarcada en el "Consentimiento", entendiendo por tal el acuerdo de voluntades sobre un mismo objeto jurídico".

a.2.4.) El consentimiento debe ser escrito en tratamientos o intervenciones trascendentes en la vida del paciente.

El consentimiento del paciente para autorizar una asistencia médica regular no tiene igual formalidad que aquella que se exige para tratamientos, intervenciones y procedimientos que tengan trascendencia en la vida del paciente, así lo expresa la sentencia en comentario:

responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo, mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en materia de responsabilidad contractual existiere cláusula penal se estaría a lo dispuesto en ésta.

Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quién incurra en responsabilidad objetiva así como el Estado, las instituciones descentralizadas del Estado y el Municipio y sus respectivos funcionarios, conforme al Artículo 1645 del C.C.

Sin perjuicio de la acción directa que corresponda al afectado la acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida.

El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.

Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración, el Juez ordenará, a petición de ésta y con cargo al responsable, la publicación de un extracto de la sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los medio informativos que considere convenientes.

En los casos en que el daño derive de un acto que haya tenido difusión en los medios informativos, el Juez ordenará que los mismos den publicidad al extracto de la sentencia, con la misma relevancia que hubiere tenido la difusión original".

En materia de responsabilidad civil las teorías más conservadoras afirmaban, décadas atrás, que no existía responsabilidad sin culpa, hoy día se le agrega que no existe responsabilidad sin daño y esto es así porque no se le puede exigir a una persona que repare un daño que no se ha causado, así lo expresa el Doctor Roberto A. Vázquez Ferreyra:

" El daño es el presupuesto más importante del deber de reparar. Es el eje sobre el cual gira todo el fenómeno resarcitorio. Allí donde existía un daño o injusto se pone en movimiento todo el mecanismo que tiene como finalidad otorgar una reparación a la víctima.

Sin daño no hay responsabilidad. La teoría de la reparación de daños dirige su mirada precisamente al daño, por lo cual éste se constituye no sólo en el presupuesto básico, sino que también fija la medida de la reparación.

El perjuicio causado fija el límite de la obligación indemnizatoria"⁸

El daño puede ser material y su valor fácilmente determinable o puede ser un daño moral en cuyo caso resulta más difícil establecer su valor material, porque el daño moral tiene sus especiales características y debe estar fundamentado en el impacto emocional, la incertidumbre y sensación de miedo que produjo en la víctima o sus familiares y no en el sustento del daño material; así lo consideró el juzgador de primera instancia en la sentencia N° 26 de 15 de abril de 1996, emitida por el Juzgado Séptimo del Primer Circuito Judicial de Panamá, Ramo Civil.

d) Culpa

En materia de responsabilidad civil, para optar por el resarcimiento se requiere la existencia del daño material o moral, la vinculación entre el hecho causante del daño y la persona a quien se le atribuye la culpa. En términos generales la culpa se considera como una infracción u omisión de una obligación previamente adquirida. En el área de la salud la culpa se manifiesta por la falta de diligencia y cuidado en la prestación de los servicios médicos que requiere el paciente para curar o aliviar una enfermedad.

Cuando el médico incurre en un conducta reprochable se piensa que ésta es de tipo culposa por el juramento que hizo de preservar la vida de sus semejantes, salvo que existan pruebas que demuestren que hubo intención de causar daño, en cuyo caso la sanción y el reproche moral serán mayores.

⁸ VÁZQUEZ FERREYRA, R. A. 1993. Responsabilidad por Daños (Elementos), Ediciones Depalma, Buenos Aires, pág. 169.

Como quiera que en otro capítulo trataremos, expresamente, los elementos de la culpa dentro la actividad profesional de los médicos no profundizaremos más en este tema.

2.3. Tesis Unificadora de la responsabilidad contractual y extracontractual

La corriente más moderna de la doctrina dice que para el médico no debe existir diferencias entre la responsabilidad contractual y extracontractual porque él debe responder en uno o en otro caso, sea porque celebró un contrato y violó sus cláusulas escritas o no cumplió lo prometido en un acuerdo verbal o que se le exija responsabilidad porque no atendió con esmero a un paciente en la sala de urgencia de un hospital. En todos los casos el médico debe responder, salvo que demuestre que obró sin culpa o tenga eximentes de responsabilidad, sobre este tema dice el Doctor

Sergio Yepes Restrepo:

" Sería ilógico sostener que el médico pudiera obrar negligentemente y con descuido por el hecho de no haber celebrado un contrato para la prestación de sus servicios, por el contrario su conducta debe estar en todo momento adecuada a las normas éticas que caracterizan su profesión y a los deberes que le imponen su actividad médica."⁹

Para terminar la base de la tesis unificadora se fundamenta en el hecho de que el médico siempre debè reparar el daño causado en el ejercicio de su profesión, sea en el ámbito contractual o extracontractual.

⁹ YEPES RESTREPO, S. 1993. op. cit. , pág. 32.

3. Naturaleza Contractual o Extracontractual de la relación médico - paciente.

La doctrina ha sido consistente en afirmar que la responsabilidad civil en que incurren los médicos es de origen contractual, sin exigir la formalidad de que el contrato conste por escrito, porque el mismo es esencialmente consensual y para su perfeccionamiento sólo necesita que el consentimiento se manifieste libre de vicios; sin embargo, como excepción acepta que la responsabilidad se origine fuera de un acuerdo de voluntades, en cuyo caso estaremos en presencia de una relación extracontractual. Con el propósito de aclarar veamos lo que dice el **Doctor Jorge Mosset Iturraspe**; sobre el hecho generador de la responsabilidad médica:

" Puede ser un hecho positivo: acción por comisión o un hecho negativo: acción por omisión.

Si bien en la responsabilidad extracontractual del Médico será normal que el hecho antijurídico sea una omisión cuando niega su asistencia al accidentado, herido o abandonado, en la contractual se dan ambas formas.

Así, es negativa la conducta de quien omite cumplir con sus deberes; es positiva en cambio cuando los cumple mal por imprudencia o impericia.

Como la prestación debida es un hacer se la viola no haciendo, pero también haciendo algo impropio, distinto de lo prometido, o cumpliendo a medias de manera irritual".¹⁰

En cuanto al derecho a reclamar, en la responsabilidad extracontractual, se dice que su fuerza proviene de la ley porque tiene su origen fuera de un vínculo obligacional y por ende pertenece al ámbito de la culpa aquiliana y en la contractual se afirma que este derecho se origina en el incumplimiento del contrato.

Los defensores de la tesis contractual sostienen que existe un error de apreciación

¹⁰ MOSSET ITURRASPE, J. 1986 Responsabilidad Civil del Médico, Buenos Aires, pág 126

de parte de los defensores de la tesis extracontractual al confundir la fuente de la obligación con el contenido de la prestación que son los deberes que debe prestar el médico en ambos tipos de responsabilidad; asimismo, reitera que la regla general es que la relación médico-paciente se origine dentro de un contrato y la excepción será que se origine fuera de este vínculo obligacional, por ejemplo, cuando el paciente no se encuentra en condiciones de brindar su consentimiento, como es el caso de los accidentados que llegan a las salas de urgencia en estado de inconsciencia total y no se encuentran presentes parientes o allegados que puedan brindar el consentimiento para proceder con su atención; cuando el médico presta sus servicios a una parturienta fuera de un centro hospitalario, accidentados de toda índole; personas que sufren un infarto en la vía pública o en un cine, almacén, etc. En todos estos casos la relación se produce de forma espontánea, no media ningún acuerdo previo y el médico actúa por su compromiso humanitario frente a la urgencia médica.

Todas estas son prácticas de asistencia médica que se dan fuera de un contrato y obligan al médico en base a su deber moral y ético, tal cual lo recoge el Código Internacional de ética médica aprobado en octubre de 1949 en Londres Inglaterra, en la Asamblea Médica Mundial que codificó las normas internacionales de ética médica, asociación que representa a las federaciones médicas del mundo y que sobre las urgencias médicas dice:

" El médico debe proporcionar el cuidado médico en caso de urgencia como un deber humanitario, a menos que esté seguro de que otros médicos pueden y quieren brindar tal cuidado".

Veamos otras situaciones de prestación de servicios médicos fuera de un acuerdo

previo:

- a) Cuando el contrato celebrado entre el médico y el paciente es anulado perdiendo toda validez legal.
- b) Cuando los servicios prestados por el médico se brindan espontáneamente sin que medie acuerdo previo, como es el caso de una urgencia médica sea dentro o fuera de un centro hospitalario.
- c) Los servicios médicos de urgencia que se prestan a un incapaz en ausencia de sus padres o del representante legal.
- d) La asistencia médica obligatoria que el Ministerio de Salud ofrece a las alternadoras.
- e) Otro caso típico de responsabilidad extracontractual se da cuando el paciente fallece y son los herederos quienes deben promover la demanda de reparación de los perjuicios causados. En este supuesto los sucesores son terceros con relación al contrato que el causante celebró con el médico o el hospital y la posición de los herederos será la de reclamar el daño moral que se les ha causado por la pérdida de la vida de su familiar, que ellos experimentan en forma muy personal y no en virtud de un contrato celebrado entre éstos y el facultativo.

En los casos enunciados el reclamo se debe encausar dentro del campo de la responsabilidad extracontractual, tal cual lo regula el artículo 974 en concordancia con los artículos 978, 1644, 1644a y 1645, todos del C.C., cuando dice:

“ Artículo 974. Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasicontratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga

cualquier género de culpa o negligencia”.

En la doctrina la corriente mayoritaria dice que la relación entre médico y paciente es de tipo contractual y por vía de excepción no lo será; asimismo, acepta que los servicios que se prestan en ambos tipos de relación son los mismos en cuanto a calidad, técnicas utilizadas y aplicación de los conocimientos que manda la *lex artis*; así lo expresa el Doctor **Sergio Yepes Restrepo**, en su obra **“La Responsabilidad Civil Médica”**, cuando afirma:

“ De todas maneras podemos afirmar que la actividad del médico debe realizarse (exista o no contrato), de acuerdo a una directrices comprendidas en las normas ético-médicas y en las técnicas señaladas por la práctica médica y, por esta razón, sus deberes y obligaciones son los mismos, tanto en el plano contractual como en el extracontractual.

Sería ilógico que el médico pudiera obrar negligentemente y con descuido por el hecho de no haber celebrado un contrato para la prestación de sus servicios, por el contrario su conducta debe estar en todo momento adecuada a las normas éticas que caracterizan su profesión y a los deberes que le impone su actividad médica”¹¹

No obstante, sea que la relación se origine en un contrato o fuera de éste, el médico tiene el deber de poner a disposición del paciente todos sus conocimientos, habilidad y destreza, porque no sería aceptable que, por el hecho de no mediar un acuerdo previo sobre el tipo de prestación requerida y el monto de los honorarios a pagar, el paciente reciba una atención de inferior calidad violando todas las normas de ética y moral a que se comprometió el galeno cuando hizo el Juramento Hipocrático, el cual dice en un extracto de los Consejos de Esculapio, lo siguiente:

“...No cuentes con que este oficio tan penoso te haga rico: Te lo he dicho, es un sacerdocio, y no sería decente que produjera ganancias como las que

¹¹ YEPES RESTREPO S, 1996 La Responsabilidad Civil Médica Biblioteca Juridica Díké Medellín, Colombia pág 52

tiene un aceitero o el que vende lanas.

Tu vida transcurrirá como a la sombra de la muerte, entre el dolor de los cuerpos y de las almas. Te verás solo en tus tristezas, solo en tus estudios, solo en medio del egoísmo humano....únicamente la conciencia de aliviar males podrá sostenerte en tus fatigas.”¹²

Para terminar la importancia de establecer la distinción entre una y otra se da al momento de la reclamación porque si la relación es contractual la reclamación por culpa se basa en atención a los términos del contrato y cuándo es extracontractual la reclamación por culpa se fundamenta en la ley, porque el concepto de culpa, en cualesquiera de sus manifestaciones, es unitario aunque varíe en su aplicación.

¹² ANÓNIMO GRIEGO En PÉREZ DE LEAL, Rosana Responsabilidad Civil del Médico, Tendencias Clásicas Modernas Editorial Universidad Buenos Aires 1995. página 17

Capítulo Segundo

La Culpa en la actividad Médica

LA CULPA EN LA ACTIVIDAD MEDICA

1. Concepto de Culpa.

1.1. En la Doctrina.

El hombre por naturaleza es un ser gregario que vive en sociedad donde su conducta no debe afectar el derecho de los demás a vivir en paz y armonía. Esta realidad fue recogida por el pensamiento del Filósofo **Emanuel Kant** cuando expresó que el derecho es una coexistencia de libertades que obliga al hombre a mantener una conducta acorde con aquello que la mayoría considera correcto.

Recordemos que para los romanos el actuar razonable del hombre era comparable al de un buen padre de familia, estableciendo esta medida entre lo malo y lo óptimo y todo aquello que estuviera fuera de este parámetro se consideraba falta o delito y su gravedad aumentaba en la medida que se alejara de la conducta diligente y cuidadosa del hombre promedio.

Con esta incipiente distinción entre lo bueno y lo malo, los hombres de la antigüedad establecieron la diferencia entre aquella conducta que producía daño con intención de causarlo a la que llamaron dolosa y la que producía daño sin que mediara esa intención a la que denominaron culposa. Hoy día se mantiene esta diferencia entre ambas conductas y se habla de delitos dolosos si en la producción del acto

delictivo hubo intención de dañar y de delitos culposos si la conducta es atribuible a falta de diligencia y cuidado ubicada en el ámbito de la culpa. La doctora Pérez de Leal, dice que la culpa no es un delito sino un error en la conducta del hombre donde no media intención de dañar, así lo expresa:

“ La culpa consiste en un error de conducta, en aquello que no habría cometido una persona prudente y cuidadosa, preocupada por tener en cuenta las eventualidades desgracias que pueden derivarse para otros” ¹¹

Una de las características que distinguen a la culpa de otras figuras jurídicas es la ausencia de intención del sujeto activo en la producción del daño y que la aleja del ámbito del dolo, cuyas sanciones son más severas que las impuestas por conductas culposas

La conducta culposa se puede dar en una relación contractual o extracontractual. En el primer supuesto se manifiesta por la violación, incumplimiento o cumplimiento defectuoso de los términos de un contrato en cuyo caso estaríamos frente a una reclamación de tipo contractual; en el segundo supuesto la conducta culposa se manifiesta fuera de un acuerdo y se dice que es una relación extracontractual cuyo sustento está en la ley. Establecer la diferencia entre ambas conductas es importante porque nos permite ubicar si la responsabilidad a reclamar es objetiva o subjetiva, si el fundamento de la reclamación se hace por violación de los términos pactados en un acuerdo o si se tiene su fundamento en la ley, así como el término de prescripción de las acciones derivadas de una u otra relación.

¹¹PÉREZ DE LEAL, R 1995. Responsabilidad Civil del Médico Tendencias Clásicas y Modernas, Editorial Universidad, Buenos Aires, pág 31

Algunos sectores consideran que no es importante determinar si la conducta culposa de los médicos es de origen contractual o extracontractual porque la culpa es una e indivisible. Los defensores de esta tesis dicen que no existe una responsabilidad determinada y específica para los médicos porque éstos deben ejercer su profesión con diligencia y cuidado igual que el resto de los profesionales, por lo que es dable aplicarles las normas generales sobre responsabilidad civil y exigirles la reparación del daño causado por acción u omisión en cualesquiera de las formas de la culpa.

Los tratadistas **Yungano, López Bolado, Poggi y Bruno** se expresan acerca de la culpa que genera responsabilidad en la actividad profesional del médico de esta forma:

" La culpa del médico genera responsabilidad cuando ha provocado un daño en el paciente porque la vida de éste, su salud y su integridad personal, físico-psíquica, son bienes protegidos por el derecho y en cuya tutela está comprometido el orden público y es una de las funciones esenciales del Estado.

Desde la época de Hipócrates es sabido que el médico debe establecer el régimen de los enfermos de la manera que les sea más provechosa evitando todo mal y toda injusticia y librándose de cometer voluntariamente faltas injuriosas o acciones corruptoras" ¹²

Los tratadistas de principios de siglo que pertenecen a la corriente doctrinaria más conservadora de la época, entre ellos los franceses, establecieron como pre-requisito para adentrarse a dilucidar si el médico había incurrido en conducta culposa que ésta fuera grave, "grosera" muy obvia que no se pudiera justificar, dejando de lado cualquier otro grado de culpa. Actualmente este criterio ha cambiado y hoy día el médico responde por conducta culposa en cualesquiera de sus grados, sea levisima,

¹² YUNGANO et al 1992 Bruno. Responsabilidad Profesional de los Médicos Cuestiones Civiles, Penales, Médico-Legales y Deontológicas Editorial Universidad, segunda edición, , pág 177

leve o grave.

El Doctor **Mario Molina Arrubla**, conocedor del tema de la responsabilidad del médico en el ámbito civil y penal dice sobre la culpa:

" La culpa es el factor subjetivo que pretende establecer una relación o vinculación entre el hecho, la voluntad o querer del presunto responsable: Realmente, dentro de la doctrina y la legislación comparada, este elemento subjetivo tiende a desaparecer, para dar paso a las concepciones de la responsabilidad objetiva, no obstante lo cual en el momento actual, según todo lo hasta ahora expuesto, se sigue trabajando la distinción entre los hechos "con culpa probada" y los hechos "con culpa presunta".¹³

La doctrina y la jurisprudencia recoge conductas repetitivas propias de la actividad profesional de los médicos que pueden dar lugar a responsabilidad civil por culpa en cualquiera de sus formas, por ejemplo: Uso de aparatos e instrumental médico obsoleto o dañado; prestación de servicios médicos de forma negligente; negativa injustificada a prestar servicios médicos en casos de urgencia, olvidar objetos dentro del cuerpo del paciente con motivo de una intervención quirúrgica o examen especializado como es el caso de la endoscopia; excederse en el uso de rayos X sin la protección adecuada; lectura errada de informes de laboratorio; obviar las pruebas de alérgenos y como consecuencia provocar reacciones graves e inclusive mortales al paciente; no brindar la atención postoperatoria al paciente; no informar al enfermo que su médico tratante se ausenta del domicilio y darle la opción que acepte el sustituto o escoja otro de su confianza; no mantener una hoja de control clínico actualizada con todos los médicos intervinientes, tratamientos y medicamentos

¹³MOLINA ARRUBLA, C. , 1994 Responsabilidad Penal en el Ejercicio de la Actividad Médica Parte General, Biblioteca Jurídica Diké, Primera Edición, pág 51

recibidos por el paciente; excederse o limitar la dosis requerida de medicamentos; no interpretar correctamente un informe radiólogo y no responder al llamado del enfermo que necesita que su médico le absuelva un interrogante.

1.2. En el Código Civil Panameño.

El C.C. panameño en su Título Preliminar, Capítulo III sobre la **"INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LA LEY"**, artículo 34c, regula todo lo concerniente a la culpa y descuido, el cual indica.

" La ley distingue tres especies de culpa y descuido. Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materia civil equivale a dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa. Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia y cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro".

El doctor **Manuel Ossorio** en el Diccionario de Ciencias Jurídicas define las diferentes clases de culpa de la siguiente manera:

1.2.1. Culpa Grave.

" Descuido o desprecio absoluto de las precauciones más elementales para evitar un mal o daño".

El C.C. ubica en un mismo rango de responsabilidad a la culpa grave, con la negligencia grave o la culpa lata y, al igual que en la doctrina, la define como una forma de actuar que no es propia ni siquiera de las personas negligentes e imprudentes, cabe decir que aún éstas utilizan en la atención de sus negocios algo de precaución y cuidado. En derecho civil la culpa grave se iguala al dolo que es el actuar de una persona con el ánimo de producir un daño.

1.2.2. Culpa Leve.

"La negligencia en que incurre un buen padre de familia"

En nuestra legislación este tipo de culpa se produce cuando una persona no emplea la diligencia y cuidado que un hombre razonable utiliza en la dirección de su propio negocio y se le denomina culpa leve o descuido leve o descuido ligero.

1.2.3. Culpa Levísima.

" La omisión de las medidas y precauciones de un padre de familia muy diligente" ¹⁴

Estamos frente a una responsabilidad por culpa o descuido levísimo cuando se produce un hecho que escaparía a la precaución y control que un hombre juicioso y responsable utiliza en la atención de su propio negocio.

¹⁴OSSORIO, M, 1989 Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta, Buenos Aires pág 188

2. Eximentes de Culpabilidad.

2.1. En el Código Civil panameño.

El artículo 34d del C.C. define el ámbito y límites de aplicación de la fuerza mayor o caso fortuito que pueden justificar una conducta culposa, actuando como eximentes de responsabilidad; así dice:

" Es fuerza mayor la situación producida por hechos del hombre, a los cuales no haya sido posible resistir, tales como los actos de autoridad ejercidos por funcionarios públicos, el apresamiento por parte de enemigos, y otros semejantes. Es caso fortuito el que proviene de acontecimientos de la naturaleza que no hayan podido ser previstos, como un naufragio, un terremoto, una conflagración y otros de igual o parecida índole".

Las eximentes de responsabilidad como caso fortuito y fuerza mayor, de que trata el artículo anterior, no son de uso frecuente en procesos por mala práctica médica; en estos casos la eximente más invocada es la inobservancia que hace el paciente de las indicaciones que le formula su médico.

2.2. En la Doctrina.

En la obra de Yungano, López Bolado, Poggi y Bruno se dice que no hay responsabilidad si no hay culpa y se establecen algunas eximentes de responsabilidad, veamos:

2.2.1. Error excusable.

Este tipo de eximente se manifiesta cuando el médico formula un diagnóstico

basado en la sintomatología que presenta el paciente y procede con un tratamiento adecuado, pero que no rinde los resultados esperados porque existe un error en el diagnóstico. Por ejemplo, un enfermo presenta síntomas de apendicitis, frente a la urgencia el cirujano decide operar y se encuentra que sólo existe una inflamación donde no estaba comprometida el apéndice. Este tipo de error por lo general pasa desapercibido, salvo que ésta intervención ocasione trastornos de salud que provoquen una investigación y como resultado ésta salga a relucir. Recordemos que en el quirófano el paciente está solo con el equipo médico y lo que allí sucede se llega a conocer a través de los médicos o de su equipo de trabajo en base a su compromiso ético y moral o frente a una urgencia médica que no guarda relación con la intervención.

2.2.2. Caso fortuito y fuerza mayor.

La doctrina dice que la fuerza mayor y el caso fortuito se caracterizan por su accidentalidad y por ser hechos externos e insuperables que impiden cumplir la obligación o sólo permiten cumplirla parcialmente sin que tal conducta pueda ser imputada al obligado.

El caso fortuito tiene elementos que le distinguen la como es la imprevisibilidad porque el hecho no es previsto y la inevitabilidad por su condición de no evitable, cabe decir, que el hecho aunque se conozca no se puede evitar. En la actividad médica se podría dar el caso fortuito cuando un enfermo de cáncer de hígado y páncreas necesita que se le inserte un catéter en el área del hígado para alimentarlo y

suministrarle medicamentos para procurarle una mejor calidad de vida. Como quiera que en esta técnica se debe ejercer cierta fuerza sobre el órgano, a consecuencia del endurecimiento de los tejidos blandos que lo circundan, se le perfora un pulmón, agravándole su estado de salud.

En este ejemplo el enfermo necesita el catéter para eliminar las obstrucciones en sus conductos internos, pero es una realidad que el cáncer ha endurecido parte de sus tejidos blandos y el médico debe hacer la intervención bajo ese riesgo previsible, pero inevitable.

La fuerza mayor es también una eximente de responsabilidad y se manifiesta por actuaciones del hombre que someten por la fuerza la voluntad de otro imposibles de resistir como son los actos de fuerza de algunas autoridades, actos de guerra y similares.

Como caso práctico de fuerza mayor podemos mencionar lo ocurrido a un médico pediatra que se encontraba como jefe de turno en la sala de urgencia de un Hospital ubicado en un populoso barrio de la ciudad de Panamá y se le comunicó orden de conducción por instrucciones de un Juez Nocturno. Esta orden lo obligaba a comparecer al juzgado a enfrentar los cargos que le hacía su cónyuge por supuesto delito de maltrato psicológico.

En esta oportunidad al médico se le notificó la orden de conducción y él se rehusó a cumplirla para no abandonar a los niños enfermos bajo su cuidado. En vista de la negativa del galeno los policías procedieron a detenerlo por desacato a la autoridad. Frente al hecho de fuerza el médico indicó a los policías que lo detenían, frente a

testigos, que él abandonaba la sala de urgencia por la orden recibida, pero todo lo que sucediera en dicha sala era responsabilidad de ellos y del Juez que ordenó su conducción. Los agentes consultaron a sus superiores y éstos autorizaron al médico a que terminara el turno y que posteriormente se apersonara al Juzgado para atender la queja de la cónyuge; si en este caso se hubiera dado una situación lamentable, no se le podía imputar conducta culposa al médico porque él fue sustraído de sus labores por la fuerza.

2.2.3. Conducta del enfermo.

El enfermo debe seguir estrictamente las instrucciones de su médico porque la inobservancia de estas indicaciones deviene en eximente de responsabilidad para el médico. Asimismo, se puede dar la eximente de responsabilidad cuando el paciente abandona sin excusa al médico tratante y busca a otro que le reemplace o procede él mismo a automedicarse. En estos casos el médico tratante se libera de responsabilidad por el desenlace bueno o malo que conlleve la conducta del enfermo.

2.2.4. Fracaso del tratamiento.

El médico luego de auscultar al paciente formula un diagnóstico y procede con un tratamiento acorde con la dolencia encontrada y la sintomatología que presentaba el

enfermo; sin embargo, el tratamiento no tiene éxito a pesar de que el médico realizó correctamente la evaluación y aplicó el tratamiento que consideró apropiado. En este caso no estamos frente a una conducta culposa porque el médico actuó con diligencia y cuidado y el éxito del tratamiento no dependía de él, porque los medicamentos no actúan igual en todos los enfermos, en algunos casos pueden curar, en otros aliviar y en algunos no surten ningún efecto.

2.2.5. Estado de necesidad y prescindencia del consentimiento del paciente.

El estado de necesidad no es común dentro de la actividad profesional de los médicos, pero puede suceder tratándose de enfermos menores de edad que requieren de un tratamiento urgente y los padres no lo autorizan. En casos como éste si el enfermo se encuentra en inminente peligro de muerte el médico puede proceder con el tratamiento de urgencia y comunicarlo posteriormente al Juez; no obstante, si cuentan con tiempo suficiente debe pedir autorización al Juez de Menores, en turno, antes de proceder. En materia de familia la doctrina más moderna dice que los hijos tienen su propia identidad e individualidad y no pertenecen a los padres o a la sociedad; asimismo, señala que los padres pueden disponer sobre aspectos muy limitados en la vida de sus hijos y que el Estado tiene la obligación de proteger los derechos de los niños aún sobre el deseo de los padres.

El C.P. panameño regula el estado de necesidad en su artículo 20 y textualmente dice:

"No delinque el que, ante una situación de peligro para un bien jurídico propio o ajeno, lesione otro, para evitar un mal mayor, siempre que concurren los requisitos siguientes:

- 1. Que el peligro sea actual, grave o inminente;**
- 2. Que no sea evitable de otra manera;**
- 3. Que el mal producido fuere menor que el evitado;**
- 4. Que el peligro no haya sido voluntariamente provocado por el agente;**
- 5. Que éste no tuviere el deber jurídico de afrontar el riesgo.**

3. Elementos de la culpa en la actividad médica .

En la actividad médica la culpa se puede manifestar de diferentes formas, así tenemos conductas negligentes, imperitas, imprudentes o por simple violación de los reglamentos que el galeno se prometió respetar, conocida como *lex artis*.

Las conductas culposas se pueden originar juntas o por separado situación que podría impedir conocer cuándo estamos en presencia de una y otra. Sobre la concurrencia de conductas culposas dice la doctora **Pérez De Leal**, lo siguiente

"Una falta médica podrá revestir, a la vez, caracteres de impericia, negligencia e imprudencia. Así en autos "Carracedo vs. Centro Gallego de Buenos Aires, se imputó al ente sanatorial y a los profesionales actuantes, negligencia, imprudencia e impericia cuando luego de intervenir quirúrgicamente a la actora se la retira del quirófano a una sala contigua en donde sufre un paro cardiorrespiratorio del que es atendida extemporáneamente, y como saldo la paciente recupera el ritmo cardíaco pero queda descerebrada".¹⁵

3.1. Negligencia.

En términos generales negligencia es la falta de cuidado necesario y diligencia

¹⁵PÉREZ DE LEAL, R, 1995 Responsabilidad Civil del Médico Tendencias Clásicas y Modernas, Editorial Universidad, Buenos Aires, págs. 48 y 49

debida que se debe observar en la prestación de un servicio por acción u omisión.

En el área de la salud es la falta de aplicación de las técnicas médicas y los procedimientos terapéuticos apropiados y conocidos por el médico lo cual afecta la salud del paciente. Podemos mencionar como casos típicos de actuar negligente cuando el médico o el personal paramédico no se esteriliza antes de ingresar al quirófano; cuando no explica al paciente, representantes o familiares los riesgos de la intervención quirúrgica o el tratamiento que debe aplicar; cuando no se ordenan los exámenes pertinentes en atención a la sintomatología que presenta el paciente; cuando no se acude al llamado del paciente, representantes o de sus familiares frente a un agravamiento de la enfermedad; vigilancia deficiente de la temperatura en baños de agua caliente a enfermos de artritis o reumatismo, autorizar el alta al paciente sin examinar su situación presente y éste regresa al hospital con el cuadro de la enfermedad agravado; no revisar el instrumental médico-quirúrgico antes de iniciar la operación; no prever el depósito de sangre para un enfermo en caso de hemorragia; no verificar la cantidad de apósitos utilizados en una operación; retrasar una operación urgente para atender un asunto personal; no realizar las pruebas previas al tratamiento que puedan indicarnos acerca de la sensibilidad del paciente a ciertos medicamentos y alérgenos.

3.2. Impericia.

Es la falta de experiencia, destreza y habilidad en una ciencia o arte que hacen la

diferencia entre un experto y un lego en la materia de que se trate. En la prestación de los servicios médicos es la falta de habilidad y capacidad profesional para realizar un determinado procedimiento, terapia, tratamiento, intervención, suministro de medicamentos y evaluaciones destinadas a preservar la salud del paciente.

El médico puede ser tachado de imperito cuando realiza una operación en una especialidad cuya técnica no domina y como consecuencia de su ignorancia produce daño al paciente; cuando permite que una parturienta realice una larga labor de parto sin prever el sufrimiento del niño en el canal uterino; cuando expone al paciente a una exagerada cantidad de rayos x sin la debida protección; cuando lesiona un tendón de la pierna tratando una fractura de hueso simple; cuando se rompe dentro del ojo del paciente uno de los aparatos de oftalmología por fallas en su uso; cuando corta la pared uterina en un legrado; cuando comete un error obvio en el diagnóstico, porque en el dudoso podría considerarse un error excusable.

3.3. Imprudencia.

Es la conducta temeraria que se realiza sin diligencia y sin el cuidado debido ocasionando un daño a la vida o la integridad del paciente, los Doctores **Yungano, López Bolado, Poggi y Bruno** dicen acerca de la prudencia, que a contrario sensu es imprudencia:

" La prudencia debe ser, o es, una de las virtudes médicas, pues es esencial que el médico ejerza su profesión con cordura, moderación, cautela, discreción y cuidado. En sentido estricto se identifica con el conocimiento práctico y por lo tanto idóneo y apto para la realización del acto profesional y supone el ejercicio de otros valores o conductas, conjugándose en aquella la experiencia,

la comprensión del caso actual, la claridad para saber qué es lo que se debe hacer y el trato que debe darse al paciente y a sus familiares. O sea que la imprudencia puede definirse como la conducta, positiva, contraria a lo que el buen sentido aconseja" ¹⁸

Como conclusión podemos decir que los límites de la culpa son muy sutiles y discutibles y en la actividad médica la frontera entre unos y otros están inmersos en zonas grises, porque el médico trabaja con el don máspreciado para el hombre que es su vida y nunca se hará demasiado si con ello se logra curar, aliviar o tan solo mejorar la calidad de vida del enfermo.

3.4. Violación de la lex artis.

La violación de lex artis se produce cuando el médico desconoce los deberes de cuidado que le ordenan los reglamentos, pautas y tratamientos a seguir en atención al tipo de enfermedad o de paciente de que se trate, los cuales establecen una forma de acción cuya omisión injustificada le puede acarrear responsabilidad por conducta culposa.

El tratadista **Juan H. Sproviero**, define la Lex Artis de la siguiente forma:

" Lex Artis es el estricto acatamiento a disposiciones de orden médico, técnico y aun de aquellas reglas que, sin estar mencionadas expresamente, forman parte de la veterata consuetudo y que deben gravitar ostensiblemente como indicadores de la conducta médica.

La valoración que se haga de tales reglas señalará responsabilidad o no, reputándose como insustituibles y de estricto cumplimiento para la neutralización de cualquier imputación a título de culpa cuando no de dolo.

El sometimiento a tales prescripciones no puede ser sino irrestricto y su

¹⁸YUNGANO, et. al. 1992. Responsabilidad Profesional de Los Médicos. Cuestiones Civiles, Penales, Médico-Legales y Deontológicas. Editorial Universidad, segunda edición, pág. 177.

transgresión obliga a hacer válida la imputación pertinente".¹⁷

En materia de prestación de servicios médicos se violan los reglamentos cuando el médico abandona sin causa que lo justifique la sala de urgencia bajo su responsabilidad y cuidado; cuando no confecciona adecuadamente la hoja clínica del paciente; cuando ingiere bebidas alcohólicas o drogas alucinantes en horas de trabajo; cuando el médico de turno no atiende las instrucciones precisas que ha indicado el médico tratante sobre el paciente hospitalizado; cuando no informa al paciente o sus familiares sobre el estado de salud; cuando no solicita autorización para realizar tratamientos o intervenciones que afectan la vida del paciente de manera permanente y cuando no atiende el llamado del paciente o de su personal subalterno.

¹⁷SPROVIERO, J , 1994 Mala Praxis Protección Jurídica del Medico, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, pág 181.

Capítulo Tercero

Aspectos Procesales y Probatorios de la Culpa Medica

ASPECTOS PROCESALES Y PROBATORIOS DE LA CULPA MEDICA

1. En Materia de Responsabilidad Civil

1.1. Normas del Código Civil aplicables.

En nuestra legislación no existe una ley especial que regule la actividad profesional de los médicos y establezca el procedimiento a utilizar en casos de mala práctica médica lo que nos aboca a utilizar las normas generales sobre responsabilidad que contiene el C.C., veámos:

1. El artículo 34c clasifica la culpa como grave, negligencia grave y culpa lata.
2. El artículo 34d regula lo concerniente a las eximentes de responsabilidad como la fuerza mayor y el caso fortuito.
3. El artículo 1105 y siguientes define lo que es contrato y establece las disposiciones generales en esta materia.
4. El artículo 1112 y siguientes establece los requisitos esenciales para la validez de los contratos.
5. El artículo 1644 trata sobre las obligaciones que nacen por culpa o negligencia, sea por acción u omisión.
6. El artículo 1644a dice que el daño causado comprende tanto los materiales como los morales y entra a definir el alcance de ambos

7. El artículo 1645 y siguientes determina las personas que deben responder por el daño causado, sea que se trate de actos propios o ajenos.
8. El artículo 1706 del C.C., modificado por el artículo 13 de la Ley No. 18 de 31 de julio de 1992, dispone:

“ Artículo 1706: La Acción civil para reclamar indemnización por calumnia e injuria o para exigir responsabilidad civil por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que trata el artículo 1644 del C.C., prescribe en el término de un (1) año, contado a partir de que lo supo el agraviado.

Si se iniciare oportunamente acción penal o administrativa por los hechos previstos en el inciso anterior, la prescripción de la acción civil se contará a partir de la ejecutoria de la sentencia penal o de la resolución administrativa, según fuere el caso.

Para el reconocimiento de la pretensión civil en ningún caso es indispensable la intervención de la jurisprudencia penal”.

Tal como lo establece el artículo transcrito, la acción civil para exigir responsabilidad civil por obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que tratan los artículos 1644, 1644a y 1645 todos del C.C., entre las que se encuentra incluida la culpa médica, sea que surja de la relación médico-paciente, o paciente con el dueño o director de un establecimiento médico por los perjuicios causados por sus dependientes en la prestación del servicio médico, como también cuando sea el Estado, a través de sus instituciones descentralizadas en nuestro caso la Caja de Seguro Social o el Municipio, siempre que el daño sea causado por un médico a quien le corresponda tratar al paciente dentro del ejercicio de sus funciones, igualmente cuando se trata del Estado propiamente dicho; el paciente cuenta con un término fatal de un (1) año para ejercitar la acción civil, ante los tribunales, término que se inicia “a partir de que lo supo el agraviado”; la expresión antes dicha, amerita un análisis,

toda vez, que constituye el punto de partida para el ejercicio de la acción. En términos generales no existe mayor problema cuando la lesión o daño causado por la culpa médica recae sobre una parte del cuerpo que no comprometa el cerebro; porque el término se inicia cuando el paciente está consciente y si éste tiene pérdida del conocimiento no se puede comenzar a contar sino a partir del momento en que recupera su conocimiento o estado de consciencia, el que puede ser de días, meses o años, hecho que debe acreditarse por dictamen de perito médico.

Por otra parte, tenemos diversas situaciones especiales, como los casos donde se ha ejercitado una acción penal contra el médico, el paciente o sus familiares en caso de menores e incapacitados, el artículo citado preceptúa que la acción civil se inicia a partir de la ejecutoria de la sentencia penal o resolución administrativa que impone la sanción al médico causante del daño.

Sin embargo, nuestra legislación reconoce que la pretensión civil no requiere de la intervención de la jurisdicción penal para el ejercicio de la acción, en otras palabras, en nuestro ordenamiento procesal, no se requiere de la prejudicialidad para activar la acción civil. Lo anterior significa que la víctima ya sea el paciente o sus familiares cuentan con dos momentos para ejercitar la acción civil derivada de la culpa médica, cabe decir, desde que lo supo el agraviado o desde la ejecutoria de la sentencia penal o resolución administrativa, según fuere el caso.

Las normas indicadas son aplicables a los procesos civiles, incluidos los promovidos por mala práctica médica con miras a resarcir el daño material y moral causado.

2. En Materia de Procedimiento

2.1. Procedimiento aplicable

Las normas de procedimiento aplicables son las propias del proceso ordinario reguladas en el Libro II del Código Judicial, artículos 651 y siguientes y 1213 y siguientes, cuyos requisitos indicaremos de manera breve.

2.1.1. Libelo de la demanda

El libelo de demanda es el escrito que inicia el proceso e indica el tipo de demanda; la designación del tribunal competente; las generales de las partes y sus apoderados judiciales; los hechos que sustentan la pretensión enunciados uno en pos del otro; la cuantía de la demanda; las pruebas y el fundamento de derecho, regulado en el artículo 654 del C.J..

2.1.2. Corrección de la demanda

Las normas de procedimiento prevén la posibilidad de error en la forma del escrito que contiene la demanda, así lo expresa el artículo 662 del C.J. párrafo primero cuando dice:

“662. Mientras no se haya notificado la providencia que abre el proceso o el incidente a pruebas, toda demanda o incidente puede por una sola vez aclararse, corregirse, enmendarse o adicionarse. Igualmente pueden introducirse nuevos demandantes o demandados, sustituir o eliminar

algunos de los anteriores, variar, ampliar o reducir las pretensiones o los hechos e incorporar nuevos documentos..."

2.1.3. Contestación de la demanda

Todo proceso judicial se inicia con la presentación de la demanda, posteriormente viene la etapa de corrección y finalmente la de contestación a cargo del demandado que es la figura a quien se dirige la pretensión contenida en la demanda. El artículo 669 del C.J. que regula la contestación señala los requisitos que ésta debe cumplir y que a grandes rasgos son: nombre y apellido de las partes; designación del Tribunal al cual se dirige; generales del demandado, su representante y del apoderado judicial; cuantía de la demanda; oposición a lo pedido en la demanda; aceptación o negación de los hechos y defensa o excepciones.

El artículo 669 del C.J. en su parte final, regula lo concerniente a la consignación o pago de lo que se acepta deber:

"El demandado puede, al contestar el libelo, consignar o pagar lo que acepta deber. La consignación o el pago liberan al demandado de responsabilidad ulterior por el importe de la suma o cosa consignada, que se entregará de inmediato al demandante, salvo que hubiera reconvencción".

2.1.4. Corrección de la contestación

El escrito por medio del cual se contesta demanda se puede corregir en los términos del artículo 675, párrafo primero del C.J., cuando dice:

"675. Si la demanda o la contestación adoleciere de algún defecto u omitiere alguno de los requisitos previstos por la Ley, el Juez podrá, en el momento de su presentación, prevenir verbalmente al demandante o al demandado, a efecto de que corrija o complete el escrito, señalándose los defectos que advirtiere. El interesado podrá, si así lo desea, insistir en que se agregue al expediente y en este caso el Juez ordenará la corrección para que en el término de cinco días el demandante o el demandado subsanen los defectos de que adolece, los que expresará al Juez señalando entre los requisitos de los artículos 654 y 669, según sea el caso, aquél o aquellos que no hubieren sido cumplidos."

2.1.5. Cuantía de la demanda

El artículo 234 del C.J. se ocupa de fijar la competencia de los jueces para conocer de una causa y el literal "c", de este artículo, expresamente, reconoce que la cuantía es uno de los criterios que el juzgador puede utilizar para determinar la competencia.

El artículo 250 de este mismo Código, trata sobre la prórroga de la competencia en atención a la cuantía .

Más adelante el artículo 651, de esta misma excerta legal, clasifica a los procesos según su cuantía, así encontramos de menor y de mayor cuantía, conociendo de los primeros los Jueces Municipales y de los segundos los Jueces de Circuito.

El primer párrafo del artículo 652 del C.J. determina los factores a considerar al momento de estimar la cuantía de la demanda y expresamente dice que las costas no se toman en cuenta para la determinación de la cuantía, veamos:

"652. Se consideran como factores para la determinación de la cuantía, el total de la cantidad líquida que se demanda y los intereses vencidos

hasta la fecha de la demanda. Las costas no se computarán para la determinación de la cuantía".

Para ilustración del tema citamos al Dr Manuel Ossorio que define con claridad el alcance del concepto costas.

"Gastos que se ocasionan a las partes con motivo de un pronunciamiento judicial, cualquiera sea su índole. En ese sentido se dice que una de las partes es condenada en costas cuando tiene que pagar, por ordenarlo así la sentencia, no sólo sus gastos propios, sino también los de la contraria.".¹⁸

La responsabilidad de fijar la cuantía sobre el pago de dinero y en los cuales la competencia se establece por la cuantía de la demanda, cabe al demandante fijarla en los términos que señala el artículo 653 del C.J. así indica:

"653. El demandante fijará la cuantía de la demanda en los asuntos de carácter patrimonial que no versen exclusivamente sobre el pago de dinero y en los cuales la competencia se determina por la cuantía".

Dice el Doctor Eduardo Pallares, respecto al concepto de cuantía:

"Se entiende por tal el valor económico de los bienes respecto de los cuales tienen pretensiones opuestas el actor y el demandado. Su determinación influye en la competencia de los tribunales y no siempre es fácil hacerla".¹⁹

2.1.6. Prescripción de la pretensión

El artículo 658 del C.J. regula la figura jurídica de la interrupción de la prescripción a través de la cual podemos adquirir derechos así como liberarnos de una obligación por el transcurso del tiempo y el cual varía en atención al tema de

¹⁸OSSORIO, M., 1989 ob cit pág 181

¹⁹PALLARES, E. 1991 Diccionario de Derecho Procesal Civil. Editorial Porrúa, S A Vigésima edición, México, pág 212

que se trate, así dice:

"658. La presentación de la demanda interrumpirá el término para la prescripción de cualquier pretensión que se intente, siempre que antes de vencerse el término de la prescripción se haya notificado la demanda a la parte demandada, o se haya publicado en un periódico de circulación nacional diaria o en la Gaceta Oficial un edicto emplazatorio o un certificado del Secretario del Juzgado respectivo en el cual se haga constar dicha presentación".

Por otra parte es importante destacar que el artículo 1711 del C.C. precisa los modos de interrumpir la prescripción de la acción civil al señalar:

"Artículo 1711: La prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor y por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor".

Si bien el artículo 658 del C.J. precisa que la presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción de cualquier pretensión, con su notificación al demandado, o la publicación en un periódico de circulación nacional del edicto emplazatorio o un certificado del secretario del juzgado sobre la presentación de la demanda, en el caso de las acciones civiles, la prescripción también se puede interrumpir con la reclamación extrajudicial del acreedor, siempre que tal reclamación sea acreditada, igualmente, con todo acto de reconocimiento del deudor, en los que se incluyen los reconocimientos judiciales o administrativos, de manera que en la reclamación por culpa médica, también es necesario atender el mandato del artículo 1711 del C.C..

3. En Materia de Responsabilidad Penal.

3.1. Normas del Código Penal aplicables:

En nuestro medio se ha generalizado la idea de que no existen normas penales para sancionar conductas típicas, antijurídicas y culpables en que incurran los médicos en el ejercicio de su actividad profesional sean éstas dolosa porque hubo la intención y voluntad de producir el hecho dañoso o mediando sólo culpa donde no existe esa primaria intención de dañar y que se puede dar por imprudencia en el actuar, falta de diligencia y cuidado o ausencia de conocimientos que da lugar a la impericia o simplemente por inobservancia de los reglamentos también conocida como violación de *lex artis*.

Lo expresado es cierto, en alguna medida, porque nuestra legislación no tiene normas especiales en materia civil o penal aplicables sólo a los médicos; no obstante, si acudimos a los principios generales del derecho penal que lo señalan como ente regulador de todos los actos del quehacer humano que atenten contra la convivencia estable y pacífica de los hombres, sin distingo de raza, credo, profesión, ideología, clase social y sexo, encontramos el asidero legal para aplicar a las normas sustantivas del C.P. y las de procedimiento que contiene el Libro III del C.J.. Esta regla general tiene su excepción en cuanto a los menores de edad cuya competencia privativa la tienen los Tribunales especializados en materia de familia y menores, según Ley 3 de 17 de mayo de 1994, por la cual se aprueba el Código de la familia, modificada por la ley #12 de 25 de julio de 1994.

Como quiera que el objeto principal de nuestro estudio son los aspectos probatorios de la culpa médica en base a la responsabilidad civil, sólo enunciaré aquellas normas que regulan las conductas delictivas en que pueden incurrir los médicos e indicaré los códigos donde las pueden ubicar a fin de orientar la curiosidad jurídica de los interesados.

En el C.P. encontramos reguladas las conductas humanas que se subsumen en un tipo penal y que se sancionan con una pena. En materia penal, al igual que en la civil, se pueden dar eximentes de responsabilidad o causas o excusas absolutorias tendientes a justificar la conducta del hombre, tales como el caso fortuito, la fuerza mayor, la coacción que es la fuerza o violencia que se ejerce sobre una persona y que puede manifestarse por acción u omisión según sea el caso. También encontramos los casos de personas que no responden por los delitos cometidos y a quienes se les denomina inimputables totales o con imputabilidad disminuida. El artículo 24 del C.P. panameño dice acerca del inimputable total:

"Artículo 24: No es imputable quien en el momento de ejecutar el hecho punible, no tenga la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por causa de trastorno mental."

En el artículo 25 de este mismo código se especifican los parámetros para determinar cuándo un sujeto actúa con imputabilidad disminuida, así lo dice:

"Artículo 25: Actúa con imputabilidad disminuida quien en el momento de la acción u omisión, posea incompletamente la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho en razón de grave perturbación de la conciencia".

El C.P. permite la aplicación de medidas de seguridad a los delincuentes que se les compruebe su inimputabilidad en lugar de aplicarles las sanciones tradicionales que

conocemos. Las medidas de seguridad no son propiamente penas o sanciones, sino tratamientos que se imponen en adición a la pena para complementarla y cuyo fin es curar, modificar y prevenir la conducta antisocial del sujeto y darle oportunidad a éste para reincorporarse a la sociedad.

El artículo 106 del C.P. clasifica las medidas de seguridad de la siguiente manera:

"Artículo 106: Las medidas de seguridad son de tres clases: preventivas, educativas y curativas".

El artículo 107 del C.P. regula la aplicación de la medida de seguridad de tipo preventiva; la cual no tiene internamiento y puede ser patrimonial o personal. Son aplicables a individuos con un grado muy bajo de peligrosidad y por delitos leves cuya pena se ha suspendido en atención al tipo delictivo por las atenuantes que presenta el sujeto transgresor.

El artículo 110 de este mismo Código, establece las medidas curativas y educativas cuyo propósito busca modificar la personalidad del sujeto a fin de evitar que repita la conducta delictiva. Estas medidas pueden ser aplicadas en centros de resocialización o centros hospitalarios especializados, en casos de enfermos mentales o adictos. En Panamá, no tenemos centros hospitalarios o de resocialización adecuados para llevar a cabo esta tarea y las medidas de seguridad no se cumplen adecuadamente. Es por eso que la privación de la libertad se debe aplicar sólo a sujetos que representen un alto grado de peligrosidad y por delitos de cierta consideración y no frente a sujetos que puede recuperar la sociedad.

El C.P., salvo las excepciones señaladas en los artículos 24 y 25 citados, sanciona

las conductas delictivas, dolosas o culposas, la única diferencia estriba en que las dolosas son agravadas porque el sujeto tuvo la intención de producir el daño y las penas a imponer son mayores y en las culposas no existió esa voluntad o deseo primario de causar daño y las penas aplicables son menores.

Entre las normas del C P. que se pueden aplicar para regular y sancionar las conductas delictivas en que pueden incurrir los médicos, se encuentran: Homicidio doloso, artículos 131 y 132; Homicidio culposo, artículo 133; Ayuda al suicida, artículo 134; Lesiones corporales, artículos 135, 136, 137, 138 y 139; Aborto provocado, artículos 141, 142 y 143; Estafa, artículos 190 y 191; Violación, estupro y abusos deshonestos, artículo 216 al 220; Denuncia de enfermedades, artículo 254; Receta de drogas, artículo 259; Falsificación de documentos, artículo 266; Denuncia de hechos delictivos, artículo 342; Delito de falsedad, artículo 355.

Para concluir podemos afirmar que sí existen normas que se pueden aplicar en caso de conductas delictivas en que incurran los médicos al igual que el resto de los ciudadanos, lo que no existe es una ley especial que regule expresamente estas conductas, establezca el procedimiento y estipule las sanciones; pero a falta de esas normas especiales podemos acudir a las señaladas y a otras que hemos podido omitir, de manera involuntaria.

4. Aspectos Probatorios.

Para la mejor comprensión del presente trabajo resulta conveniente realizar un análisis breve respecto al concepto, fuente, argumentos y medios de prueba.

4.1. Concepto de prueba.

La prueba está presente en todos los ámbitos y disciplinas en que se agita el ser humano y en todos existe una necesidad natural de demostrar que lo que hacemos o decimos es cierto porque ésto suma credibilidad a nuestra imagen, así se trate de afirmaciones pequeñas, intrascendentes, grandes o valiosas.

Dentro de esta inmensa gama de manifestaciones humanas encontramos las que se orientan hacia las relaciones jurídicas donde se repite la necesidad natural de probar y esto sucede en todo el quehacer jurídico, porque ninguna rama del derecho escapa al ámbito de aplicación del derecho probatorio; empero, la diferencia entre unas y otras se ubica por el motivo que origina la prueba y el fin o propósito ulterior de ésta.

En la vida diaria la trascendencia de la prueba sólo satisface la necesidad de credibilidad mutua entre las personas, en el campo técnico-científico de la investigación la prueba se requiere para dar fe de la seriedad del trabajo profesional que se realiza y en el campo jurídico tenemos la prueba judicial con repercusión dentro del proceso donde se intente hacer valer.

En la doctrina se habla de que la prueba es más que un concepto jurídico, porque la misma trasciende del campo del derecho al de la ciencia y de la vida. El tratadista Jeremías Bentham, dijo "el arte del proceso no es esencialmente otra cosa que el

arte de administrar las pruebas" ²⁰

La Enciclopedia Juridica Omeba, define la prueba recogiendo, a su vez, conceptos de respetables tratadistas, así lo hace:

"En el vocabulario jurídico dirigido por Capitant, se define como "demostración de la existencia de un hecho material o de un acto jurídico en las formas admitidas por la ley"; o bien el "medio empleado para hacer la prueba".

"Otros autores la explican como razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de una cosa. Y más concretamente, justificación de la verdad de los hechos controvertidos en juicio, hecha por los medios que autoriza y reconoce como eficaces la ley (Diccionario de Derecho Privado)".

"Alsina (Tratado teórico-práctico de Derecho procesal civil y comercial). Dice, en su acepción lógica, probar es demostrar la verdad de una proposición, pero que en su acepción corriente expresa una operación mental de comparación, por lo que "la prueba judicial es la confrontación de la versión de cada parte con los medios producidos para abonarla". ²¹

Por considerar que el Dr. Fabio Enrique Bueno Rincón expresa de forma sencilla la función y alcance de la prueba, así como la labor del juzgador, hemos considerado pertinente citarlo en el presente trabajo, veamos:

"Sabemos muy bien que, en el mundo del proceso la prueba tiene una función vital, ya que estando destinada a producirle certeza al juez no se puede prescindir de ella sin atentar contra los derechos de las personas.

Igualmente sabemos que, el juez reconstruye los hechos tal cual como se supone ocurrieron, permitiéndole conocer el pasado, los subsume en la norma general y abstracta prevista por el legislador, haciendo posible la aplicación de las leyes, para saber quien tiene la razón en el presente y auspiciar al legislador para que regule con mayor acierto las conductas en nuevas leyes.

En resumen, en el derecho la prueba tiene una importancia fundamental que es hacer posible conocer el pasado para saber quién tiene la razón en el presente". ²²

²⁰ BENTHAM J., 1989 Tratado de las Pruebas Judiciales, Tomo I, Buenos Aires, Editorial Ejea, pág 10

²¹ ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, 1991 Tomo XXIII, Driskill S A , Buenos Aires, pág 729

²² BUENO RINCÓN F , 1994. La Investigación de la Afiliación y las Pruebas Biológicas Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Santa Fé de Bogotá, págs. 34 y 35

La prueba puede ser aportada en diferentes momentos, así tenemos la actividad probatoria que se desarrolla dentro del proceso, la aportada por las partes con la demanda, con la contestación, en el período probatorio y en el período extraordinario de presentación de pruebas todos regulados en el artículo 1255 del C.J. el cual indica:

"1255. Surtido el traslado de la demanda o de la reconvención en su caso, se abrirá el proceso a pruebas en 4 períodos así:

El primero, de cinco días improrrogables, para que estas propongan en uno o varios escritos, todas las pruebas que estimen convenientes;

El segundo, de tres días improrrogables, que comenzará a correr el día hábil siguiente al en que se vence el anterior, para presentar contrapruebas;

El tercero, de tres días improrrogables, para objetar las pruebas o contrapruebas, que corren sin que se haya de dictar providencia, y

El cuarto, de ocho hasta treinta días, también improrrogables para evacuar todas las pruebas que hubiesen propuesto las partes, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 795".

En este mismo Código el artículo 795 regula el término extraordinario de pruebas y la forma en que se puede otorgar, así dice:

"Para que pueda otorgarse el término extraordinario probatorio, se requiere:

1. Que se solicite dentro del primer período de pruebas salvo que se trate de contrapruebas, caso en el cual será solicitado en el mismo escrito que sea aducida;

2. Que cuando la prueba o contraprueba haya de ser testimonial, se indique la residencia y dirección completa de los testigos que hayan de ser examinados; y,

3. Que se exprese, en el caso de ser la prueba documental, los archivos donde se encuentren los documentos aducidos.

El Juez concederá o negará este término con la sola vista de la petición la que deberá expresar con toda claridad la prueba que se aduce y las razones que la hacen necesaria".

Las normas de procedimiento civil del Libro II del C.J. permite la proposición de pruebas en otros momentos diferentes a los indicados en el artículo 795, así tenemos que el demandante podrá en su demanda aducir las pruebas documentales que estime

necesarias, anunciar testimoniales y pedir que se practiquen pruebas periciales o inspecciones judiciales o proponer cualquier otro medio de prueba que considere pertinente para sustentar su pretensión, regulado en los artículos 657, 664 y 670, todos del C. J. a saber:

"657. En el libelo se podrá proponer cualquier clase de prueba, sin necesidad de reiterarlas después y sin perjuicio de que si hubiere período de apertura del proceso a pruebas, éstas puedan ser adicionadas o complementadas".

El artículo 664 trata de la posibilidad de acompañar con el libelo de demanda pruebas documentales, así expresa:

"664. Si la parte demandante tuviera pruebas documentales en su poder, podrá acompañarlas con el libelo sin perjuicio de que también lo haga en la oportunidad señalada en el artículo 657.

El artículo 670 trata sobre las pruebas que se pueden adicionar con la contestación de la demanda, así dice:

670. El demandado también puede aducir en la contestación de la demanda cualquier clase de pruebas, sin necesidad de reiterarlas después y sin perjuicio de que si hubiese período de la apertura del proceso a pruebas, éstas pueden ser adicionadas o complementadas. Si se trata de documentos podrán acompañarse si la parte los tuviera en su poder".

El Dr. Víctor de Santo, define la prueba de la siguiente forma:

"como la actividad procesal, realizada con el auxilio de los medios previstos o autorizados por la ley, y encaminada a crear la convicción judicial acerca de la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes en sus alegaciones".²³

El tratadista recoge en esta definición el concepto general de prueba porque la califica como actividad procesal con medios autorizados por la ley, evaluados por la

²³ DE SANTO, V. 1991 Diccionario de Derecho Procesal, editorial Universidad, Buenos Aires, págs 289 y 290

sana crítica y tendientes a demostrar la veracidad de los hechos alegados por las partes.

El Dr. Eduardo Pallares en el Diccionario de Derecho Procesal Civil, exprese la definición de prueba:

"Son aquellas consideraciones mentales mediante las que se obtiene o puede obtenerse la convicción judicial de la que brota o puede brotar tal convencimiento. Fundamentalmente se habla así de percepción y la deducción".²⁴

4.2. Fuente de prueba.

Dice el maestro Hernando Devis Echandia, acerca de las fuentes de las pruebas:

"Existen dos opiniones acerca del sentido que debe dársele a esta noción de fuentes de la prueba judicial: a) la defendida por Carnelutti y Bentham, quienes consideran como fuentes de las pruebas los "hechos percibidos por el juez y que le sirven para la deducción del hecho que se va a probar", sea que constituyan o no la representación del segundo; b) la sostenida por Guaps, quien dice que tales fuentes son las "operaciones mentales de donde se obtiene la convicción judicial", que se distinguen en percepción y deducción con especies intermedias como la representación y la indicación".²⁵

La fuente de la prueba es donde se origina la prueba y no se debe confundir con el objeto de la prueba que es el hecho que debemos probar. Los autores coinciden en que el juez realiza una operación mental de la cual obtiene la convicción judicial del hecho a probar. En la práctica sucede que al juez se le presenta una petición en base a hechos alegados por una parte y negados por la otra y éste para saber si lo que se pide es correcto, posible o incorrecto o imposible, realiza un ejercicio mental para

²⁴ PALLARES, E. 1991. ob cit. pág. 381

²⁵ DEVIS ECHANDIA, H. 1987. Teoría General de la Prueba Judicial, tomo 1, Biblioteca Jurídica Diké, S. A., Medellín, pág. 268

encontrar la verdad del hecho y esto lo realiza a través de la información contenida en los medios de prueba.

4.3. Argumentos de prueba.

De las percepciones mentales que se hace el juez para sustentar el hecho a probar surgen los argumentos que le sirven de sustento para aceptar o desechar una prueba que no le llevará a esclarecer el hecho en discusión. Asimismo este ejercicio intelectual le orienta para decidir acerca de la existencia o inexistencia del hecho a probar, análisis que debe realizar en base a la sana crítica.

4.4. Excepciones probatorias.

Dentro de un proceso el thema probandum será la materia objeto de la investigación; cabe decir los supuestos de hecho cuya certeza debemos demostrar. No obstante, dentro de un proceso se pueden dar hechos que no requieren de prueba por su notoriedad, nos referimos a las excepciones probatorias, sobre este tema hemos encontrado que la doctrina coloca a los hechos confesados o admitidos por las partes; los hechos que la ley presume; los hechos notorios; los hechos indefinidos que se expresan por afirmaciones o negaciones de dicho tipo; los hechos notoriamente impertinentes; los hechos inconducentes o irrelevantes; los hechos cuya prueba prohíbe la ley y las normas contenidas en leyes y decretos con alcance nacional.

El C.J. en su artículo 775, trata sobre las excepciones probatorias, así dice:

"Toda ley, Decreto-Ley, Decreto de Gabinete, acuerdo, ordenanza, reglamento, resolución, dictamen, informe, fallo, documento o acto de cualquier género, emanado de alguna autoridad o funcionario de cualquier órgano del Estado o de un Municipio de cualquiera entidad autónoma, semiautónoma o descentralizada y publicado en los Anales del Órgano Legislativo, en la Gaceta Oficial, en el Registro Judicial, en el Registro de la Propiedad Industrial, en cualquier recopilación o edición de carácter oficial o de la Universidad Nacional hará plena prueba en cuanto a la existencia y contenido del documento."

Sobre los hechos notorios señala el artículo 773, del C.J. en su párrafo segundo:

"No requieren prueba los hechos afirmados por una parte y admitidos por la contraria, respecto a los cuales la ley no exige pruebas específicas; los hechos notorios; los que están amparados por una presunción de derecho, y el derecho escrito que rige en la Nación o en los Municipios".

El artículo 770 del C.J. expresa que la prueba será apreciada según las reglas de la sana crítica, así dice:

"Las pruebas se apreciarán por el Juez según las reglas de la sana crítica, sin que esto excluya la solemnidad documental que la ley establezca para la existencia o validez de ciertos actos o contratos. El Juez expondrá razonadamente el examen de los elementos probatorios y el mérito que les corresponde".

La valorización de la prueba, con fundamento en el principio de la sana crítica, se considera la más apropiada porque no es tan rígida como la prueba tasada ni tan liberal que el juez pueda apreciar la prueba a su libre albedrío, la norma es clara y exige que el juzgador realice un ejercicio intelectual que oriente su análisis y lo orille hacia una justa valoración de la prueba en discusión.

En la sana crítica el Juez debe utilizar la experiencia, la ciencia y la lógica racional, esto implica que debe evaluar la prueba en concordancia con el resto del material probatorio y las circunstancias y hechos que rodean al suceso y agrega, la legislación

patria "sin que esto excluya la solemnidad documental que la ley establezca para la existencia o validez de ciertos actos o contratos".

5. Principios Generales de las Pruebas .

Tomando como parámetro de orientación la clasificación que el maestro Hernando Devis Echandia realizara sobre los principios generales de las pruebas, hemos considerado necesario desarrollar sólo aquellos que guardan relación con nuestro tema de investigación, así tenemos:

5.1. Necesidad de probar.

Es parte inherente del proceso, no se puede pensar en un proceso sin que se allegue la comprobación de los hechos que resultan beneficiosos a la pretensión, porque el juzgador necesita tener certeza para acreditar con justeza a quién corresponde el derecho en los procesos contenciosos y en los no contenciosos requiere de igual certeza para declarar que es de lugar lo que se pide.

5.2. Formalidad de la prueba.

La prueba debe ser incorporada al proceso cumpliendo los requisitos que exigen las normas de procedimiento La violación de este principio vulnera la seguridad jurídica y el respeto al debido proceso si cualesquiera de las partes pudiera incorporar pruebas de cualquier manera y en todo momento, obviando, la formalidad que

establece el procedimiento y el derecho de defensa que trae aparejado la aportación y práctica de la prueba en contradictorio.

5.3. Oportunidad de la prueba.

La prueba debe ser pedida, presentada y practicada en tiempo hábil, no puede serlo ni antes ni después, salvo que el juzgador la decrete de oficio. La prueba aportada contraviniendo este principio rompe el esquema que define el debido proceso y el contradictorio; cabe decir, que las reglas de incorporación de las pruebas rigen para ambas partes.

5.4. Publicidad de la prueba.

La justeza del proceso que se trató en el aparte anterior va de la mano con la publicidad de la prueba, porque ésta debe darse dentro de la mayor transparencia y con la participación de ambas partes las que deben tener las mismas oportunidades para presentarlas y practicarlas dentro del término que manda la ley; sobre este punto señala el C.J. artículo 776, cuando dice:

"No habrá reserva de la pruebas. El Secretario deberá mostrar a cualquiera de las partes siempre que lo solicite as pruebas de la contraria y también las que se hayan evacuado a petición de la solicitante."

5.5. Contradicción de la prueba

Este principio garantiza el derecho de defensa, no se concibe una prueba que no

pueda ser debatida por las partes a través de las objeciones, contrapruebas y contra interrogatorios, tacha de testigos y tacha de pruebas.

5.6. Eficacia de la prueba.

No es dable presentar pruebas evidentemente impertinentes, improcedentes y dilatorias, porque su función es llevar al proceso elementos para desentrañar la verdad y hacer del conocimiento del juez la convicción de que el hecho afirmado por una parte y rebatido por la otra es cierto o falso.

El párrafo primero del artículo 772 del C.J. indica al respecto:

"Las pruebas deben ceñirse a la materia del proceso y son inadmisibles las que no se refieren a los hechos discutidos, así como las legalmente ineficaces. El Juez puede rechazar de plano aquellos medios de prueba prohibidos por la ley notoriamente dilatorios o propuestos con el objeto de entorpecer la marcha del proceso; también puede rechazar la práctica de prueba obviamente inconducentes o ineficaces."

5.7. Inmediación de la prueba.

El juez debe recibir la prueba y practicarla él mismo, para que pueda percibir directamente los matices de veracidad o falsedad de la misma. Los abogados litigantes deben luchar porque sean los juzgadores los que recepen y practiquen las pruebas y no sus asistentes para que no se pierda la eficacia de este valioso principio. La responsabilidad de dictar la sentencia la tiene el Juez y es él y nadie más quien debe examinar personalmente la prueba y no de oídas y así como no se puede declarar sobre un hecho que no se ha percibido directamente, tampoco se debe dictar sentencia

en base a pruebas cuya práctica no se ha presenciado.

Sobre el tema dice el artículo 771, del C.J. panameño:

"El Juez practicará personalmente todas las pruebas; pero si no lo pudiere hacer por razón del territorio, comisionará a otro para que en la misma forma las practique."

5.8. Originalidad de la prueba.

La fuente de la prueba debe ser cierta y natural, no inventada por quien le favorece, como tampoco debe ser ofrecida en el caso del testimonio, por una persona que no presenció el hecho y que va a repetir el suceso por la experiencia de otra persona.

Sobre este tema trata el artículo 907 del C.J. cuando, expresamente, indica:

"No tiene fuerza la declaración del testigo que depone sobre algún hecho oído a otros, sino cuando recae la declaración sobre hecho muy antiguo o cuando se trata de probar la fama pública".

5.9. Concentración de la prueba.

La prueba debe ser recibida, practicada y examinada dentro de un ciclo ininterrumpido a fin de que el juzgador no pierda control e información entre una etapa y otra porque puede también perder eficacia por el tiempo; además, se debe tratar de practicar dentro del menor número de sesiones para preservar también el principio de economía procesal.

5.10. Libertad de la prueba.

Permite allegar al proceso una inmensa gama de pruebas desde la más antigua y

elemental como es la testimonial a las más sofisticadas pruebas técnicas-científicas, como por ejemplo: Las pruebas biológicas de caracteres patológicos; la prueba heredobiológica o antropomorfológica; hematológicas de compatibilidad inmunológica e inmunogenética. Estas pruebas se pueden allegar al proceso, actualmente, porque nuestros juristas y los legisladores se preocuparon en adecuar y modernizar los Códigos incorporando los nuevos conceptos y modalidades en materia probatoria.

Los principios que de forma breve hemos presentado deben ser evaluados por el Juez dentro del contexto de la demanda, la contestación y del material probatorio oportunamente aportado al proceso, lo cual permitirá al Juez realizar un examen y ejercicio intelectual ilustrado con un conocimiento más profundo de los hechos alegados y poder así llegar a una conclusión justa en base al correcto análisis y valoración del material probatorio al sustentar su fallo de fondo. La inobservancia de estos principios violentaría la seguridad jurídica, porque se darían fallos en base a conclusiones meramente subjetivas sobre lo que el Juez cree que sucedió y que no corresponde a la verdad material que emerge del contexto y evaluación general de las pruebas.

6. Medios de Prueba Idóneos.

Los medios de prueba se ubican dentro de la actividad procesal y son el vehículo a través del cual se transporta la prueba de su fuente al proceso y de allí al conocimiento y posterior discernimiento intelectual del juzgador.

Entre los medios de prueba más conocidos están los dictámenes periciales, el documento, el testimonio, la confesión, los informes, los indicios y la inspección judicial, por mencionar sólo algunos.

El Dr. José Fernando Ramírez Gómez en su obra "La Prueba Documental", recoge tres (3) teorías que intentan clasificar los medios de prueba de la siguiente forma:

"En relación con el número y clase de los medios de prueba se puede dar noticia de tres teorías: La legalista que enumera taxativamente los medios de prueba; la doctrina analógica que acepta la intencionalidad taxativa de la enumeración, pero afirma que la enumeración es taxativa en cuanto a géneros y no taxativa en cuanto a especies, entendiéndose que por analogía tienen cabida los medios que origina el avance tecnológico. La tercera tesis propugna por una enumeración referencial o simplemente ejemplificativa de los medios de prueba".²⁸

La segunda teoría, tratada en esta cita, permite la libertad probatoria que accesa al proceso los medios técnicos-científicos cuando, expresamente, señala "tienen cabida los medios que origina el avance tecnológico", los cuales, también, regula el artículo 769 del C.J. al señalar:

"Sirven como prueba los documentos, la confesión, el juramento, la declaración de parte, la declaración de testigos, la inspección judicial, los dictámenes periciales, los informes, los indicios, los medios científicos y cualquier otro medio racional que sirva a la formación de la convicción del juez, siempre que no está expresamente prohibido por la ley, ni violen derechos humanos, ni sean contrarias a la moral o al orden público."

Ya señalamos que a través de la fuente de prueba y los argumentos de prueba lleva al conocimiento del juez si un hecho es cierto o falso, existente o inexistente; luego, entonces, el medio es el vehículo que utilizamos para materializar todo ese ejercicio intelectual que lo convierte en prueba y que llegan a formar la convicción del juez.

²⁸ RAMÍREZ GÓMEZ, J. 1991 La Prueba Documental. Señal Editorial, 4a. Edición, Medellín, pág. 9.

utilizando la sana crítica de que trata el artículo 770 del C.J.

En los procesos por mala práctica las pruebas más utilizadas son la documental, la testimonial y la pericial que, salvo mejor criterio, es la prueba idónea para demostrar la verdad de los hechos en este tipo de proceso.

6.1. Prueba pericial.

En cuanto a la interpretación de la prueba, en los procesos por mala práctica médica, no se encuentra al alcance de los abogados y jueces dado el conocimiento científico de que se requiere disponer para su interpretación y por eso el juzgador necesita auxiliarse de personas versadas en esas disciplinas para que realicen los exámenes que permitan el acceso a estos conocimientos altamente sofisticados. Esta posibilidad la brinda fundamentalmente la prueba pericial, a la que hemos dedicado un capítulo aparte por la importancia que tiene para el objeto de nuestra investigación.

6.2. Prueba documental.

Antes de adentrarnos en el estudio de la prueba documental, propiamente tal, hemos considerado de interés para este trabajo de investigación revisar el concepto general de documento, sobre el mismo dice el Dr. Guillermo Cabanellas:

"Escrito, escritura, instrumento con que se prueba, confirma, demuestra o justifica una cosa o, al menos, que se aduce con tal propósito. En la acepción más amplia, cuanto consta por escrito o gráficamente; así lo es tanto un testamento, un contrato firmado, un libro o una carta, como una fotografía o

un plano; y sea cualquiera la materia sobre la cual se extiende o figure, aunque indudablemente predomine el papel sobre todas las demás."²⁷

El artículo 819 del C.J. dice acerca del documento:

Son documentos los escritos, escrituras, certificaciones, copias, impresos, planos, dibujos, cintas, cuadros, grabaciones, radiografías, discos, grabaciones magnetofónicas, boletos, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos, telegramas, radiogramas y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios y similares. Los documentos son público o privados."

Más adelante el artículo 821 del mismo Código establece una división entre documento público y privado básicamente en atención al sujeto emisor del mismo y a las características entre uno y otro, así dice:

"Documento público es el otorgado por los funcionarios que ejercen un cargo por autoridad pública, en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones.."

Incluye en esta categoría a las escrituras públicas, los certificados expedidos por funcionarios, las constancias de las actuaciones de las entidades públicas, judiciales y administrativas.

Y sobre los documentos privados dice el mismo Código en su artículo 843. "Documento privado es el que no reúne los requisitos para ser documento público", estableciendo, además, una clasificación de documento privado auténtico en oposición a los que no ostentan tales características y por ende no lo serán.

También se acepta como documento a los signos de información que se logren de aparatos como fax, computadoras, sismógrafos, aparatos científicos como el que ofrece la resonancia magnética, por mencionar solo algunos. El artículo 819 de

²⁷CABANELLAS, G. 1981 ob cit pág. 304

nuestro C.I. recoge esta moderna concepción de documento.

El documento es una cosa mueble que debe representar un hecho y no sólo un pensamiento de manera que la representatividad material es elemento consustancial al documento y es fruto o consecuencia de una actividad humana donde se de un ejercicio intelectual, por ejemplo: un papel no será documento en tanto no se represente a través de algún tipo de signo, el pensamiento, mensaje o sentimiento del hombre, no conocemos de algún documento cuya autoría pertenezca a otro ser que no sea el humano

Dice el Maestro Jairo Parra Quijano que documento es todo aquello que tenga aptitud representativa sin adentrarse a investigar el material de que esté hecho, el cual puede ser de arcilla, papiro, pergamino, papel, piedra, cintas, magnéticas, etc. En este aspecto coinciden, con el Dr. Jairo Parra, otros distinguidos maestros como Hernando Devis Echandia y Jorge Fábrega Ponce al afirmar que la delimitación de documento la define su condición de ente representativo, porque de no ser así el concepto se ampliaría en forma desmesurada.

6.3. Testimonio.

El Dr. Manuel Ossorio define el testimonio al cual denomina "**declaración**", de esta manera:

"Manifestación que hace una persona para explicar a otra u otras, hechos que le afectan o que son conocidos, sobre los cuales es interrogada. Por otra parte significa la manifestación que en un proceso judicial, cualquiera sea su índole, hacen las partes o terceros (testigos y peritos) para aclarar hechos que les son conocidos, o que se supone lo sean, y acerca de los cuales son interrogados, a fin

de tratar de conocer la verdad sobre las cuestiones debatidas."²⁸

En el C.J. encontramos regulado este medio de prueba y se le denomina "testimonio", así lo expresa el artículo 894:

"Este medio de prueba es admisible en todos los casos en que no se halle expresamente prohibido."

En cuanto a la fuerza que pueden tener los testimonios dice el mismo Código en sus artículos 904 y 905:

"904. El Juez apreciará, según las reglas de la sana crítica, las circunstancias y motivos que corroboren o disminuyan la fuerza de las declaraciones."

En cuanto al peso de los testimonios señala el artículo 905:

"905. Un testigo no puede formar por sí solo plena prueba pero si gran presunción cuando es hábil, según las condiciones del declarante y su exposición."

No obstante, lo oportuno que fue el testimonio al cual se le denominó la reina de las pruebas en el objeto de nuestro estudio no es el medio más apropiado para demostrar la verdad de los hechos que sean más favorables, debido a la complejidad y la científicidad de la prueba que se requiere para probar la culpa o la exoneración de esta en materia de responsabilidad médica por mala práctica.

La prueba en esta materia es muy compleja y requiere de grandes conocimientos científicos que sólo pueden encontrarse en manos de expertos en las diversas disciplinas que abarca el quehacer de los médicos; por eso no es suficiente el dicho cierto y bien intencionado de la persona que presencié el hecho, se requiere la comprobación científica de los exámenes de laboratorios; informes radiológicos;

²⁸ OSSORIO, M., 1989 ob cit. pág 199

evaluaciones físicas y de salud mental, análisis de combinaciones de compuestos químicos en medicamentos y drogas; evaluación de operaciones quirúrgicas; comportamiento de traumas postoperatorios y, en fin, una extensa e intrincada gama de posibilidades que ofrece la prueba científica que no se satisfacen a través de testimonio. Por lo expuesto estamos en capacidad de afirmar que la reina de las pruebas para demostrar la verdad de los hechos en los procesos por mala práctica es la prueba pericial.

7. Carga De La Prueba.

Cuando se habla de la carga de la prueba se llega a la pregunta obligada de a quién corresponde probar. Una buena parte de la doctrina piensa que este interrogante está absuelto, toda vez que la concepción moderna sobre carga probatoria dice que la prueba será proporcionada por la parte a quien le resulte más fácil aportarla. El artículo 773, párrafo primero del C.J., no indica a cuál de las partes corresponde esta responsabilidad, pero de su lectura se infiere que cualesquiera de las partes podrá aportar toda aquella prueba que considere pertinente, así se expresa:

“Incumbe a las partes probar los hechos o datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas que les son favorables”.

Esta norma recoge la letra y el espíritu de la moderna teoría conocida como carga dinámica de las pruebas, que dice que ésta no es una responsabilidad estática que tiene el demandante o demandado, sino corresponderá a la parte que tenga mejores posibilidades de aportarla; en oposición a la concepción tradicional que la calificaba como un deber

del demandante o demandado.

Dice el Dr. Gian Antonio Michelli, traducido por Santiago Sentis Melendo:

- a) En una primera fase, la afirmación en juicio pone sin más al agredido en la situación de deberse disculpar o, de una manera más general, de deberse defender;
- b) En un segundo estadio, el juez establece cuál de las partes deba producir la prueba en juicio, sobre la base de reglas de experiencia, que le indican cuál es la parte que se encuentra en mejor posición para aducir dicha prueba;
- c) En una tercera fase se solidifican tales reglas; junto a la prueba directa se forma la prueba contraria, dirigida a combatir los resultados de la primera;
- d) La combinación de los fenómenos considerados b) y c), da lugar al dogma de nuestro derecho común, en el cual la necesitas probandi es considerada bajo el perfil exclusivo de la actividad probatoria individual, de manera que las reglas de distribución de la carga de la prueba se manifiestan como reglas de prueba legal;
- e) En un último estadio, la actividad de la parte pierde su relieve como condición necesaria para conseguir un resultado favorable, al mismo tiempo que adquiere importancia la objetiva sujeción de las partes mismas a las resultancias probatorias, no solo dependientes de la respectiva actividad probatoria, sino también de la instrucción, desarrollada por el juez. La regla de distribución de la carga de la prueba adquiere de este modo la naturaleza de regla de juicio, puesto que en primer plano se sitúa la actividad de decisión del juez, cuando éste no se encuentre en condiciones de fijar de otra manera el contenido de la propia decisión". ³¹

El Libro II del C.J. sobre procedimiento civil, artículo 1255, citado, estipula 4 periodos en que se pueden presentar pruebas en el proceso y el artículo 795 de este mismo Código, establece un período extraordinario de presentación de pruebas, regula su procedimiento y faculta al Juez para aceptar o negar este término luego de analizar la solicitud la cual deberá expresar el tipo de prueba que se aduce y las razones que justifican esta petición.

Dice el Dr. Gian Antonio Michelli, sobre la carga de la prueba, en el proceso civil:

³¹ MICHELLI, G 1989. Traducida por Santiago Sentis Melendo, La Carga de la Prueba. Editorial Temis, Bogotá, pág. 5.

“Si en verdad se entra a considerar la carga de la prueba en el proceso civil, teniendo presente cuanto se ha expuesto hasta ahora, dicha carga resulta constituida así desde un punto de vista descriptivo:

- a) poder de las partes de disponer del material de hecho (al menos de ordinario) sobre el cual se fundan las respectivas pretensiones, y sobre el cual el juez deberá después formar el propio convencimiento;**
- b) deber del juez de juzgar "secundum allegata et probata", con limitaciones consiguiente de sus poderes instructorios y decisorios;**
- c) necesidad de que el juez decida en cada caso en el sentido del acogimiento o rechazamiento de la demanda. Sobre estos tres puntos gira toda la doctrina de la carga de la prueba en el proceso civil, o mejor la doctrina de la decisión sobre el hecho incierto, respecto de aquel proceso en el cual fenómeno se ha manifestado más evidente..."**³⁰

Tratándose de la carga de la prueba lo primero que debemos determinar es aquello que debe ser probado y no preocuparnos tanto por saber a quién corresponderá aducir la prueba, lo cual resulta menos importante de cara a las nuevas teorías del derecho probatorio.

Otra tarea importante es determinar el objeto de la actividad probatoria el cual podemos ubicar dentro de los hechos aducidos por el demandante y rebatidos por el demandado y sobre este contradictorio debemos aportar las pruebas que llevarán al Juez a una conclusión respecto a la verdad de los hechos alegados. Es por eso que el contradictorio se da sobre los hechos negados por la parte y no sobre los aceptados. Sobre este tema trata el artículo 773 del C.J., párrafo segundo el cual dice:

"No requieren prueba los hechos afirmados por una parte y admitidos por lo contrario, respecto a los cuales la ley no exige prueba específica; los hechos notorios; los que están amparados por una presunción de derecho, y el derecho escrito que rige en la nación o en los Municipios. Los hechos claramente reconocidos en el curso del proceso por la parte adversa, no requieren prueba".

³⁰ MICHELLI, G. 1989 ob cit. pág 93

" En el terreno jurídico la problemática del consentimiento entre el médico y el paciente no ofrece dificultad alguna en las actitudes cotidianas del acercamiento del enfermo hacia quien hará la curación. Hay en estos eventos un consentimiento rápido e implícito que permite la actuación del médico".

El problema del consentimiento adquiere relevancia jurídica cuando, como en el asunto que motiva esta sentencia, está en juego algo demasiado importante como es el sexo de una persona. Por lo tanto, habrá que afirmar que en este caso el consentimiento debe provenir personalmente del propio paciente con capacidad plena y aún con el lleno de algún formalismo como será el consentimiento por escrito.

a.2.5.) El consentimiento no se presume.

Estableció que el médico no puede presumir el consentimiento del paciente aunque actúe en su beneficio, en este sentido lo expresó:

" Anteriormente se consideró que se presumía el consentimiento del paciente cuando el médico actuaba en beneficio de aquél, se llegó al extremo de creer que el consentimiento era irrelevante y el médico debería intervenir aún con la oposición del paciente porque estaba de por medio el deber del socorro.

Este criterio fue revisado a fondo y hoy se acepta que en todo caso debe haber aceptación del paciente".

a.2.6.) El consentimiento escrito.

Señala que el consentimiento del paciente para realizar tratamientos o intervenciones radicales debe ser otorgado por escrito para que no quede dudas que medió el consentimiento libre, espontáneo e informado del paciente, así lo indica:

" En la teoría de la información, vista desde el lado del enfermo, como policitado, la respuesta que el médico debe recibir a su ofrecimiento particularmente importante (caso de la readecuación de sexo) debe ser no solo

expresa sino por escrito para que no quede la menor duda de que el paciente ha consentido.

Por supuesto que se parte de la base de que es plenamente capaz el paciente y que su consentimiento no esta viciado".

a..2.7.) Consentimiento informado.

Reiteró que el médico debe informar al paciente con palabras sencillas sobre la enfermedad que padece y del tratamiento que requiere para curarse o mejorar su calidad de vida, de la siguiente manera:

" Dada la distancia científica que generalmente existe entre el médico y el enfermo, lo mínimo que se le puede exigir a aquél es que anticipadamente informe el paciente sobre los riesgos que corre con la operación o tratamiento o las secuelas que quedaran, con la debida prudencia, sin minimizar los resultados pero sin alarmar al enfermo en tal forma que desalentaría el tratamiento; es un equilibrio entre la discreción y la información que solo debe apuntar a la respuesta inteligente de quien busca mejorar la salud, superar una enfermedad o mitigar el dolor.

El derecho que tiene el enfermo de conocer con palabras sencillas el tipo de enfermedad que padece, el tratamiento que necesita y las posibilidades reales que tiene de sobrevivir debe ser satisfecho por su médico, a fin de que pueda escoger entre sus opciones con plena libertad; al cumplimiento de este deber del médico se le ha denominado en la doctrina el **"consentimiento informado"**.

a.2.8.) El consentimiento en caso de emergencias médicas.

Aclara el alcance de lo que constituye una emergencia médica o la urgencia de un tratamiento, veamos:

“ Para señalar la responsabilidad médica frente a los casos de emergencia o urgencia, entiéndese por ésta, todo tipo de afección que ponga en peligro la vida o la integridad de la persona y que requiera atención inmediata de acuerdo con el dictamen médico”.

a.2.9.) Límites de la emergencia médica.

Además, de establecer el alcance de la urgencia médica explica la sentencia que la atención del médico debe brindarse para preservar la integridad de la persona y no debe utilizarse como excusa para realizar experimentos con el paciente, dice, expresamente:

“ Prevista la urgencia por el propio legislador, el médico tiene la obligación de actuar en defensa de la vida y la integridad de la persona, siendo sustituido el consentimiento del paciente por la realidad objetiva de una intervención necesaria para preservar la vida de la persona, sobre esto no hay la menor duda.

La discusión puede surgir en la explicación que se le de al calificativo "integridad de la persona", esto exige una apreciación rigurosa, objetiva, muy ligada al requerimiento de atención inmediata para evitar un perjuicio irremediable, y en ningún caso debe responder al deseo del médico de efectuar experimentos científicos por publicitados que sean”.

a.2.10.) Respeto a la dignidad humana.

Reitera el derecho que tiene el paciente a que se le respete su dignidad humana sin entrar a considerar su edad, sexo, credo, color o clase de enfermedad que padezca, así dice:

“ El principio general es que el médico, en un Estado social de derecho, debe contar con el consentimiento informado de su paciente para adelantar tratamientos terapéuticos ya que éstos pueden afectar la dignidad humana de este último. Esto significa que la labor médica no puede orientarse únicamente por la búsqueda de resultados que la ciencia médica considere

óptimos, sino que debe respetar la dignidad y la autonomía de los pacientes.."

a.2.11.) Alcance del consentimiento manifestado por los padres de pacientes menores de edad.

Para terminar en la sentencia se realiza un profundo análisis en relación al consentimiento que pueden manifestar los padres respecto a tratamientos, intervenciones y procedimientos médicos que sus menores hijos necesiten, estableciendo límites para su otorgamiento en atención a la relevancia que puedan tener en la vida presente o futura del menor, así lo expresa:

" En efecto, en casos determinados, es legítimo que los padres y el Estado puedan tomar ciertas medidas en favor de los menores, incluso contra la voluntad aparente de estos últimos, puesto que se considera que éstos aún no han adquirido la suficiente independencia de criterio para diseñar autónomamente su propio plan de vida y tener plena conciencia de sus intereses.

Esto es lo que justifica instituciones como la patria potestad o la educación primaria obligatoria, pues si los menores no tienen capacidad jurídica para consentir, otros deben y pueden hacerlo en su nombre y para proteger sus intereses".

Por ello, en principio los padres pueden tomar ciertas decisiones en relación con el tratamiento médico de sus hijos, incluso, a veces, contra la voluntad aparente de éstos. Sin embargo, ello no quiere decir que los padres puedan tomar, a nombre de su hijo, cualquier decisión médica relativa al menor, por cuanto el niño no es propiedad de sus padres sino que ya es una libertad y una autonomía en desarrollo, que tiene entonces protección constitucional.

La sentencia reitera que, **"la autonomía de los padres no es la de los hijos", dice**

asimismo que la patria potestad " debe estar dirigida a la formación en el grado máximo posible de la autonomía de los menores, pero no a que esa autonomía sea ejercida de una u otra manera". Surge entonces la pregunta obligada respecto a ¿Cuáles son los límites que tienen los padres para decidir respecto al estado de salud de sus hijos menores de edad y a quién corresponde decidir frente a la negativa de los padres ?, sobre este tema dijo la Corte:

" La Corte considera que precisamente estos límites derivan de una adecuada ponderación, frente al caso concreto, de los principios en conflicto, esto es, entre el principio de la autonomía, según el cual el paciente debe consentir al tratamiento para que éste sea constitucionalmente legítimo, y el principio paternalista, según el cual el Estado y los padres deben proteger los intereses del menor.

Y para ello es necesario tomar en consideración múltiples factores, por lo cual es muy difícil, como esta Corte ya lo había indicado, establecer reglas generales simples y de fácil aplicación para todos los casos médicos".

b) Objeto.

En cuanto al objeto de los contratos, dice el párrafo segundo del artículo 1122 del C.C. que **"Pueden ser igualmente objeto de contratos todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres".**

Salvo mejor criterio consideramos que esta norma da el asidero para la regulación de los contratos en el área de la salud, toda vez que sólo exige que el objeto del contrato no riña con la ley y las buenas costumbres. Por ejemplo, en vida no podríamos autorizar una operación para que nos quiten las córneas de los ojos, sea para donarlas o venderlas porque esta conducta riñe con las buenas costumbres, a pesar de que existe la ley # 52, fechada 12 de diciembre de 1995, Gaceta Oficial #

22929 del 13 de diciembre de 1995, la cual permite el trasplante de córneas provenientes de personas fallecidas que autorizaron la disposición de éstas. Podríamos aplicar en este supuesto lo que manda el artículo 1123 del C.C. cuando dice: **"No podrían ser objeto de contratos las cosas o servicios imposibles"**.

En los contratos de servicios médicos la relación bilateral la forma de una parte, el médico cuyo objeto u obligación principal será la prestación de sus servicios profesionales a cambio del pago de sus honorarios y el paciente para quien el objeto será la curación o alivio de la enfermedad que le aqueja con el consiguiente pago de los honorarios pactados.

Como hemos podido observar el objeto en este tipo de contrato varía según cada parte; siendo de vital importancia determinar el objeto de la obligación que asume el médico porque así mismo será el tipo de responsabilidad civil que se le puede imputar.

Por ejemplo, si el médico se compromete sólo a mitigar o aliviar el mal que aqueja al paciente y de ser posible a curarlo, pero sin obligarse a ello, estaremos frente a una obligación de medios; pero cuando el médico asegura el resultado esperado, sin cuya promesa el paciente no hubiese accedido a la intervención o el tratamiento, como es el caso de las operaciones de cirugía plástica embellecedora o rejuvenecedora, estaremos en presencia de una obligación de resultado. Este tipo de obligaciones las estudiaremos en detalle en otro capítulo.

c) Causa.

En la sección tercera del mismo C.C. se regula **"la causa de los contratos"**, así se expresa:

Artículo 1125. En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio o beneficio que se remuneran, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor".

La causa que origina la relación médico-paciente y que perfecciona este contrato será para el médico aliviar el mal estado de salud del paciente y cobrar sus honorarios y para el paciente aliviar o curar la dolencia que padece y que le lleva a contratar los servicios del médico.

El artículo 1126 del C.C. regula lo concerniente al origen de la causa al señalar **"Los contratos sin causa o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral"**. Por ejemplo, si una mujer le pide al médico que le practique un aborto porque no desea continuar con el embarazo, estará contratando un servicio con causa ilícita porque la misma se opone a la ley y a la moral.

En la práctica se ha dado el caso de médicos que acuerdan con el paciente presentar un diagnóstico que no se ajusta a la realidad a fin de lograr que la compañía de seguros pague por una cobertura no estipulada en la póliza de seguro, esta situación la regula el artículo 1127 del mismo C.C. al indicar que **"La expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita"**; en el ámbito penal el artículo 191 del C.P. ha

tipificado esta conducta como delictiva.

Sobre la causa dice el artículo 1128 del C.C., expresamente: **"Aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario"**. En ocasiones sucede que el médico se niega a realizar algunos servicios inherentes a la prestación principal bajo el argumento que esa parte del servicio no le corresponde, en esta situación podemos lograr que realice esa parte de la tarea si demostramos que no tiene sentido haber realizado el servicio principal y dejar de lado las obligaciones accesorias. Por ejemplo, el cirujano que realiza una operación debe dar el servicio postoperatorio al paciente.

Del análisis de la causa surgen los deberes recíprocos de las partes y que son inherentes a toda relación contractual. En el tema en estudio, la causa principal es similar tanto para el médico como para el paciente; para el primero será la preservación de la salud y la vida del paciente a cambio del pago de sus honorarios profesionales y para el segundo también será la preservación de su propia salud y vida a través del alivio o curación de la enfermedad que padece con el consiguiente pago de los honorarios a su médico.

Como en toda relación bilateral las partes tienen derechos y deberes mutuos que cumplir, en la relación médico-paciente, podemos mencionar:

1) Deberes del médico:

- a) Realizar su trabajo con eficiencia utilizando sus conocimientos y técnicas con diligencia y cuidado.
- b) informar al paciente con sencillez sobre el tratamiento que usará para

aliviar o curar el mal que le aqueja, el cual debe ser aprobado por el paciente.

- c) guardar reserva de todo lo que atañe al paciente y de las confidencias que éste le haga; aún después de finiquitada la relación.

Para terminar el médico debe cumplir con sus deberes en tres (3) momentos diferentes: primero realizará la investigación clínica del paciente a través de exámenes y análisis para diagnosticar su enfermedad; segundo, cumplirá y dará seguimiento al tratamiento prescrito y tercero atenderá con eficiencia a su paciente en la etapa de la convalecencia.

2) Deberes del paciente:

- a) Deberá cooperar con el médico y cumplir con el tratamiento indicado.
- b) Informará al médico sobre los síntomas y cambios que observe durante el tratamiento antes que éstos afecten su estado de salud.
- c) Pagará los honorarios pactados.

2.1.2. El contrato en el área de la salud.

La medicina no escapa al desarrollo tecnológico del mundo actual, lo que hace obligante la celebración de contratos que recojan los términos y condiciones a que se obligan las partes para resolver problemas presentes y futuros de alto riesgo. Esta realidad hace que el hombre busque ayuda y protección anticipada para evitar la carga onerosa que significa una enfermedad costosa o una invalidez total o parcial como

secuela de una prestación de servicios médicos negligentes, imprudentes, imperitos o producto de la inobservancia de los reglamentos. En estos casos el enfermo o sus familiares demandan al médico o al hospital buscando una indemnización que contribuya a pagar los altos costos que una enfermedad o invalidez pueden ocasionar y que desestabilizan la economía familiar.

En países desarrollados como Estados Unidos la mutua inseguridad entre médico y paciente ha dado como resultado un médico sobreprotegido que por temor se ve precisado a contratar costosas pólizas de seguros cuyas primas anuales pueden llegar a costar cientos de miles de dólares, sobre todo en especialidades de alto riesgo como la neurología; en nuestro país esta relación todavía se distingue por la mutua confianza, salvo casos excepcionales.

Esta situación de pánico ha dado como resultado que los médicos practiquen una medicina defensiva que eleva los costos porque se ven precisados a ordenar exámenes de laboratorio y radiografías que pueden considerarse hasta innecesarios, pero que el médico ordena por temor.

a) Existencia del contrato.

El médico es un profesional y como tal se encuentra precisado a celebrar contratos que definan el alcance de los términos y condiciones a que se obliga. En la relación médico-paciente se pueden celebrar diversos tipos de contratos que varían en atención a la especialidad del médico, a la naturaleza de la prestación que requiera el paciente

sea de medios o de resultado y el contrato de servicios hospitalarios que regula lo concerniente a los servicios de alojamiento, prestaciones y cuidados médicos el cual se puede celebrar con el médico tratante o por separado con el centro hospitalario sugerido por el médico o escogido por el propio paciente.

En este tipo de relación la palabra contrato no implica la existencia de un acuerdo escrito, porque el mismo también podría ser verbal de lo cual se deduce que tanto médico como paciente no se pueden exonerar de las obligaciones mutuas inherentes a la prestación convenida en un contrato verbal. Por ejemplo, cuando un médico opera a un paciente no se puede negar a brindar la asistencia postoperatoria bajo el argumento de que no consta esta obligación en un contrato escrito, porque de la intervención quirúrgica se desprende la obligación moral y ética de brindar esta asistencia.

b) Elementos del contrato.

La naturaleza del contrato de servicios médicos es atípica porque nuestra legislación no tiene normas especiales que lo regulen, por lo que debemos recurrir a las normas y requisitos generales para la validez de los contratos que recoge nuestro C.C.; asimismo, en la doctrina se dice que estos contratos son eminentemente consensuales y no requieren de solemnidad para su perfeccionamiento, de allí que sea perfectamente válido que estos contratos sean verbales o escritos. La legislación panameña se adhiere a esta corriente cuando señala en el artículo 1105 del C.C. lo siguiente:

" Contrato o convenio es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o muchas personas"

Más adelante el artículo 1109 reconoce la ausencia de formalidad de que trata la doctrina, así indica:

" Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conforme a la buena fe, al uso y a la ley".

Se exceptúan los actos y contratos enumerados en el artículo 1131 del Código Civil, los cuales no se perfeccionan mientras no consten por escrito, con especificación completa de sus términos y condiciones.

2.2. Tesis Extracontractual

Tanto la doctrina como la jurisprudencia reconocen que la responsabilidad profesional de los médicos tiene su origen en una relación contractual y que por vía de excepción la responsabilidad será de tipo extracontractual, a renglón seguido examinaremos esta tesis.

2.2.1. Elementos de la responsabilidad civil extracontractual

El C.C. panameño en el Título XVI, que trata **"DE LAS OBLIGACIONES QUE SE CONTRAEN SIN CONVENIO"**, en su Capítulo II, **"DE LAS OBLIGACIONES QUE NACEN DE CULPA O NEGLIGENCIA"** regula lo

concerniente a la culpa que da origen a la responsabilidad extracontractual, así dice el artículo 1644 del Código Civil:

" El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.

Si la acción u omisión fuere imputable a dos o más personas, cada una de ellas ser solidariamente responsable por los perjuicios causados".

Este artículo establece que confirmado el daño y demostrada la conducta culposa o negligente el responsable tiene la obligación de repararlo y en el párrafo segundo, establece la solidaridad entre los responsables cuando se trata de que la conducta censurable se le atribuye a más de una persona.

En la doctrina, además de valorar el daño causado por culpa o negligencia se exige la determinación del hecho que origina el daño, así como el nexo causal con éste, veamos:

a) Hecho

Para determinar el alcance y el marco jurídico de la responsabilidad extracontractual, es relevante saber el dónde, cómo y cuándo se dieron los hechos que ocasionaron el daño sobre este tema dice el tratadista **Manuel Ossorio**:

" En sentido civil y penal los hechos ofrecen trascendental importancia por cuanto originan no sólo derechos y obligaciones, sino responsabilidades de toda índole. Puede decirse que todas las normas de Derecho se aplican sobre los hechos. Por eso afirma Capitant, en sentido procesal, el concepto se usa como oposición a derecho; pues mientras el punto de hecho pone en juego qué ha de ser probado, el punto de derecho tiene por objeto saber la regla de Derecho aplicable al hecho, una vez probado éste" ⁶

⁶ OSSORIO, M. 1989. op cit, pág. 343.

Los hechos se suceden en distintos escenarios de la vida jurídica y esta circunstancia de modo, tiempo y lugar determinará el tipo de responsabilidad que podemos exigir en cada caso, porque los hechos generadores de una y otra surgen a la vida jurídica por diferentes vías; en la primera dentro de un acuerdo que es ley entre las partes y en la segunda fuera de un convenio con fuerza en la ley.

El Doctor Carlos Alberto Gherzi, dice acerca del alcance del concepto "hecho".
Veamos.

" El hecho en cuanto a enunciado se refiere, en primer lugar, a sucesos o situaciones reales; nos dice cuándo, dónde y de qué modo ha ocurrido esto o aquello. Los enunciados sobre los hechos se basan por regla general en percepciones.

El que enjuicia se apoya en percepciones propias o, la mayoría de las veces, en percepciones de otros que le han sido comunicadas. Las percepciones particulares se asocian en virtud de la experiencia cotidiana, en imágenes representativas y éstas reciben un nombre"⁷

b) Nexo causal

El nexo causal es la relación que debe existir en el hecho y el resultado dañoso cuyo resarcimiento material y moral buscará la víctima o perjudicado. En el área de los servicios médicos no sería posible atribuir una conducta irregular o por mala práctica a un médico cirujano que intervenga quirúrgicamente a un paciente que fallece por la gravedad de su enfermedad y donde se logra probar, más allá de toda duda razonable, que el médico actuó con diligencia y cuidado; como tampoco podríamos vincular la pérdida de la visión de una paciente luego de habersele enyesado una

⁷ GHERZI, C. A. 1992. Reparación de Daños. Segunda edición, Editorial Universidad, Buenos Aires, pág. 38.

pierna fracturada, porque una y otra tarea no guardan relación.

En aquellos casos en que es posible establecer el nexo causal entre el resultado dañoso, el hecho y el sujeto activo que produjo la situación reprochable, se debe evaluar la posibilidad de que existan eximentes de responsabilidad, por caso fortuito o fuerza mayor, etc. Por ejemplo, el médico que opera por urgencia en un hospital rural y en la mitad de la operación se interrumpe el fluido de energía eléctrica por daños en el sistema y no se tiene planta auxiliar que permita continuar con la intervención y por este motivo el paciente fallece. En este caso no se le podrá imputar responsabilidad al cirujano porque él no produjo el hecho que llevó al desenlace fatal; toda vez que este fue el producto de un caso fortuito.

c) Daño

El daño es la manifestación material o moral del perjuicio o menoscabo sufrido por el sujeto pasivo del hecho.

Por considerarlo imprescindible para el tema en examen cito el artículo 1644 a, del C.C., adicionado por el artículo 8 de la ley 18 de 31 de julio de 1992; G.O. No.22,094 de 6 de agosto de 1992, por medio del cual se regula todo lo concerniente al daño material y moral:

" Dentro del daño causado se comprende tanto los materiales como los morales".

Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de si misma tienen los demás.

Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el

Este artículo afirma que los hechos notorios no requieren de prueba, luego entonces, es posible que la verdad de un hecho controvertido por las partes se pueda demostrar a través de un hecho notorio. Empero es importante señalar que en ocasiones, la ley requiere de un medio de prueba específico para la comprobación de un hecho: por ejemplo, escritura pública para la venta de inmuebles; certificado del Registro Civil para el matrimonio, nacimiento o defunción; y la prueba por escrito en obligaciones de más de cinco mil balboas (B/5,000.00) .

El concepto rígido de carga estática de la prueba, ha cedido ante la nueva concepción de carga dinámica de las pruebas donde cada parte puede aportar la prueba de los "hechos o datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas que le son favorables"; en esta forma la prueba la aportará quien se encuentre en mejores condiciones de suministrarla y allegarla al proceso. Esta moderna concepción ha contribuido a disminuir parte de las dificultades que confrontaban demandante, demandado y juzgador en la consecución de la prueba de la culpa médica, que por su grado de dificultad llamaron "la prueba diabólica", en demandas por mala práctica médica.

También ha contribuido a superar este problema probatorio las amplias facultades de que dispone actualmente el juez para ordenar pruebas de oficio, reguladas en el párrafo primero del artículo 782, del C.J. el cual dice:

"además de las pruebas pedidas y sin perjuicio de lo dispuesto en otras disposiciones de este Código el Juez de primera instancia debe ordenar, en el expediente principal y en cualquier incidencia que surja, en el período probatorio o en el momento de fallar, la práctica de todas aquellas que estime procedentes para verificar las afirmaciones de las partes y el de la segunda practicará aquellas que sean necesarias para aclarar puntos oscuros o dudosos en el proceso".

Las facultades de decretar pruebas de oficio que autoriza el citado artículo no representan un poder omnimodo para que el juzgador ordene, en cualquier momento y sin fundamento, toda aquella prueba que se le ocurra, atribuyéndose facultades que sólo competen a las partes en razón del carácter dispositivo de nuestro proceso civil

Esta limitación así la ha reconocido el Pleno de la Honorable Corte Suprema de Justicia en fallo del 29 de enero de 1991; Registro Judicial de enero de 1992, página 72, del cual citaremos lo pertinente:

En el fallo en comento el Pleno de la Corte Suprema de Justicia determina el alcance del artículo 782 del C.J., de esta forma:

" El artículo 782 del C.J. vigente otorga al Juez de primera instancia facultad para ordenar la práctica de todas aquellas pruebas "que estima procedentes para verificar las afirmaciones de las partes", y le permite al de segunda instancia practicar las que sean necesarias "para aclarar puntos oscuros o dudosos en el proceso".

Cabe señalar que la prueba de oficio, reguladas en el artículo 782 del C.J , es algo más que los “autos para mejor proveer” del siglo pasado y constituye, para el juzgador, un deber cuyo propósito es descubrir la verdad sobre los hechos.

Asimismo aclara que las pruebas de oficio ordenadas por el Juez deben estar dentro del contexto del resto del material probatorio que obra en autos y orientadas a aclarar puntos oscuros o dudosos y no a suplir la actividad probatoria de las partes, sigue diciendo el fallo:

"Al leer esta disposición se concluye que el legislador ha conferido al juez la oportunidad de poder producir pruebas, dentro del proceso, para esclarecer, en la forma más completa, todos los aspectos relacionados con el punto controvertido".

Reitera este fallo que el Juez no debe suplir el deber que tiene cada parte de aportar las pruebas que aclaren la verdad sobre los hechos que han afirmado o negado, porque tal conducta rompería el equilibrio que debe existir entre las partes por violación directa del debido proceso, así lo expresa:

"Es importante que se entienda que la actividad judicial conferida al juzgador, no puede romper el equilibrio de la neutralidad, garantía esencial en el desempeño de las funciones jurisdiccionales. No se pueden convertir los autos de mejor proveer en medios atentatorios a su significado y alcance, en donde la actividad judicial pretenda suplir la falta de pruebas de las partes. Nuestra legislación en forma expresa establece que "Incumbe a las partes probar los hechos o datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas que le son favorables".

El proceso civil panameño es dispositivo porque corresponde a las partes llevar las iniciativas, empero, en lo que respecta a pruebas puede el juzgador decretar de oficio aquellas que le permitan lograr un conocimiento más ilustrado sobre la verdad material de los hechos, sin que por este motivo reemplace la actividad probatoria de las partes.

"Nuestro derecho procesal se dirige hacia nueva corrientes modernas, en procura de lo que se denomina la búsqueda de la "verdad material", para ofrecer una mejor administración de justicia. Nuestro C.J., no solo permite la actuación oficiosa del juzgador en materia de aportación de pruebas, con las limitaciones a que nos hemos referido, sino que también establece el principio de la sana crítica que lleva al juzgador a actualizar sus conocimientos jurídicos para intentar una mejor motivación de sus fallos, le amplía su radio de acción, dinamizando el proceso con el complemento de elementos probatorios que contribuyan a establecer la verdad de los hechos sometidos a su consideración y decisión. Empero, tal apertura no puede rebasar las formalidades establecidas por la Ley, ni crear pruebas especiales que se aparten de los medios regulares de producción de la misma"

Reconoce que la sana crítica es una herramienta útil que tiene el juzgador y que le aumenta las posibilidades de conocer la verdad de los hechos al poder utilizar la lógica, el razonamiento y la experiencia en la valoración de las pruebas, en oposición al sistema

antiguo donde cada prueba tenía un valor estipulado; empero, reitera que este ejercicio intelectual lo debe realizar dentro del contexto del material probatorio aportado al proceso y sin pretender sustituir la responsabilidad que tienen las partes de aportar las pruebas pertinentes, veamos:

"El Pleno estima que la sana crítica no puede esgrimirse para suplantar la actividad impugnativa de los sujetos procesales, pero debe mantenerse y desarrollarse en la motivación de los fallos, como instrumento o concepto de valorización de la prueba, siempre con respeto a los medios y elementos de prueba con valor decisorio".

Capítulo Cuarto

La Prueba Pericial Medica

LA PRUEBA PERICIAL MEDICA

1. Necesidad de la Prueba en la Actividad Médica.

La prueba idónea para deslindar la responsabilidad de los médicos en demandas por mala práctica es la pericial, porque el ejercicio de esta profesión exige del profesional un conocimiento científico que está fuera del alcance del hombre promedio y para acceder al mismo se requiere la ayuda de peritos en la materia, así lo dice el Doctor Roberto

Vázquez Ferreyra:

"Precisamente, una materia en la cual la cuestión probatoria tiene importancia fundamental, debido a innumerables razones, es en la responsabilidad profesional, y más específicamente en la responsabilidad civil de los médicos.

En este tipo de procesos se ventilan cuestiones fundamentales a efectos de determinar la culpabilidad del profesional, y la relación causal entre su conducta y el daño sufrido por el paciente. Generalmente todo ello versa sobre aspecto científicos y técnicos de los cuales el juez no está en condiciones de opinar, pues se trata de aplicar conocimientos científicos para los que el magistrado es totalmente lego. Por ello, en este tipo de juicio es siempre indispensable recurrir a la prueba de perito"³³

El perito médico debe poseer conocimientos científicos y técnicos actualizados, además de una vasta experiencia que le permitan realizar un examen que responda al interrogante sobre la materia sometida a su consideración; aparte de cumplir con estos requisitos tan rigurosos, por lo general, es repudiado por sus colegas que lo miran como una amenaza para la estabilidad del gremio.

³³ VÁZQUEZ FERREYRA, R. 1993 Daños y Perjuicios en el Ejercicio de la Medicina . Biblioteca Jurídica Diké, 1ª edición Colombiana, pág. 242.

Esta obsoleta concepción del trabajo constituye, junto con la poca población de nuestro país, una de las mayores dificultades que se confronta al momento de designar peritos médicos en procesos contra médicos, personal paramédico, clínicas, hospitales públicos o privados.

El inconveniente planteado se puede resolver a través de la designación de peritos de otros países, los que podrían desempeñar el cargo sin estar sometidos a la presión moral y psicológica que ejercen sus colegas nacionales; nuestra legislación no lo prohíbe, por lo que pareciera que tal designación se podría realizar.

En los Estados Unidos para la década de los ochenta se dió un fenómeno conocido como la conspiración del silencio que sancionaba moralmente al médico que aceptaba el cargo de perito en procesos por mala práctica médica, ignorándolo y limitando sus actividades y posibilidades dentro de la profesión. Esta misma situación se repite en otras latitudes porque éste no es un problema de índole territorial, sino moral.

El perito designado debe ser persona honorable y poseer conocimientos técnicos y científicos en la materia objeto del examen y contar con una acrisolada solvencia moral que le califique para evaluar, además del hecho controvertido, la persona y la capacidad profesional del médico, con pleno conocimiento de que un señalamiento temerario causa un daño irreparable en la imagen profesional del médico.

El perito debe realizar un análisis razonado, técnico y científico sobre el hecho bajo examen el cual debe sustentar ante el Juez para que éste lo valore junto con el resto del material probatorio que obra en autos. No obstante, el juzgador no está obligado a aceptar el informe si considera que el mismo es inconducente, pero debe sustentar con

argumentos sólidos las razones que le llevan a prescindir de la pericia practicada.

La prueba pericial puede ser decretada de oficio por el Juez o petición de las partes, con el propósito de que absuelva los interrogantes que surjan dentro del proceso convirtiéndose, de esta forma, en un soporte del Tribunal, cuya intervención puede llegar a constituir un elemento decisorio de la sentencia.

El perito al realizar el examen encomendado reconstruye esa parte del hecho que nadie presencié y que pertenecía al silencio, es como un rompecabezas que se arma para darle forma a la verdad; por este motivo el juez debe evaluar el dictamen pericial con justeza y si de éste aflora que el médico no es responsable así lo debe expresar y si resulta que incurrió en la falla o falta que se le imputa también lo debe acreditar en el análisis de fondo que sustenta la sentencia.

En el campo de actividad de los médicos, como antes indicamos, no resulta tarea fácil encontrar médicos que quieran ejercer el cargo de peritos por diversas causas, entre las que podemos mencionar:

1. Defensa al colega fundamentada en el temor de que esa conducta se convierta en un precedente que pueda serle imputado en el futuro.
2. Sentimiento de lealtad y solidaridad humana que no le permite hacerle daño al amigo y colega.
3. Instinto de conservación y preservación de clase con los profesionales de su propio gremio.
4. La mala fama que se han ganado algunos abogados, por presentar demandas que luego resultan temerarias por mala práctica médica, que inducen al médico perito de

abstenerse de participar en procesos que le pueden acarrear descrédito profesional

5. El convencimiento de que los procesos por mala práctica médica no contribuyen a mejorar la calidad del médico, muy por el contrario podrán dar lugar a que este servicio resulte muy costoso, como ha sucedido en los Estados Unidos.

Para que la prueba pericial llene su cometido el perito debe realizar un examen objetivo y eficiente que aclare el o los puntos controvertidos, al respecto podemos sugerir:

1. El perito debe conocer al médico, acusado de mala práctica profesional a fin de determinar su capacidad profesional, ética y moral en relación con la conducta culposa que se le imputa
2. Debe realizar un examen objetivo y científico alejado de todo razonamiento subjetivo o casuístico.
3. No debe emitir juicios o apreciaciones sobre la culpa y sus grados, porque esta es una tarea que debe realizar el juzgador. El perito se debe limitar a orientar y emitir conceptos dentro del campo de su conocimiento.

El Dr. **Juan H. Sproviero**, dice que el perito al confeccionar su informe debe determinar el daño con precisión, veamos:

"Otro de los requisitos a considerar por el perito es el relativo al daño infligido, que deber ser determinado con precisión.

El alcance del daño tendrá que ser expresado, no pudiendo hacerse ni catalogarse con apreciaciones o abstracciones, sino que debe concretarse con la aseveración seria de su consumación.

La existencia causal de culpa y daño es exigencia irremisible y sobre ella deber motivarse el informe, ya que la imposibilidad de su concreción inutilizaría cualquier presentación. La relación causal deber ser inexorablemente probada, bajo apercibimiento de observación de todo informe que no consulte tal

extremo''³²

En los Estados Unidos y en otros países desarrollados la llamada conspiración del silencio que hizo casi imposible la consecución de la prueba de la culpa médica ha sido superada por una concepción más profesional del trabajo que realiza el perito, donde ya no se le considera un traidor por aceptar este cargo. En estos países ya se cuenta con profesionales de la medicina dedicados exclusivamente a la tarea de realizar peritajes, eliminando el punto de conflicto con los colegas en ejercicio de la profesión

Es importante reiterar que el trabajo del médico perito no viola la ética profesional ni el Juramento Hipocrático, porque este profesional cumple un encargo judicial encomendado por su capacidad, solvencia moral, conocimientos técnicos y científicos actualizados, vasta experiencia profesional en el campo en que debe realizar el examen. Este cargo reviste de tal seriedad que los errores del perito, también, los puede cometer el Juez.

El examen pericial debe orientarse a descubrir la verdad científica del hecho controvertido sin invadir el ámbito de conocimiento de los abogados; porque se ha hecho práctica común que el perito entre a calificar si media o no responsabilidad, así como los grados de culpa. Este tipo de conducta es muy usual y tanto el Juez como las partes deben mantener el peritaje dentro del contexto del examen requerido sin permitir que el experto realice comentarios o arribe a conclusiones fuera de su conocimiento y experiencia. Esa es la exploración técnica de la limitación legal en la prueba pericial que

³² SPRONIERO H J 1994 Mala Praxis Protección Jurídica del Médico Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, pág. 237

establece el artículo 953 del C.J. al impedir la actuación de peritos sobre la materia que constituye la especialidad del Juez.

Dice el maestro **Hernando Devis Echandia**, respecto a la labor del perito:

"Cuando los peritos lo consideren conveniente o el Juez lo ordene de oficio o a solicitud de parte, deben elaborar planos, croquis, dibujos o esquemas explicativos, acompañar fotografías, etc. En todos los casos deben explicar los experimentos que llevaron a cabo las investigaciones realizadas y los procedimientos en aquellos y éstos; entre tales experimentos sobresale el de la reconstrucción de los hechos, para el mejor esclarecimiento de los puntos discutidos, cuando es posible."³³

Dentro de las amplias facultades que tiene el juez puede ordenar una nueva peritación si al momento de valorar el dictamen encuentra que éste no cumple con el propósito de la prueba, sea que el mismo resulte insustancial, que no trató el tema objeto de la investigación o que no tiene una sólida fundamentación; en casos como éstos y en otros que se nos escapa mencionar el Juez puede ordenar que se repita el examen y se reformule el dictamen.

2. Requisitos para la Eficacia Probatoria del Dictamen Pericial, según el Doctor Hernando Devis Echandia.

2.1. Que sea un medio conducente.

El medio utilizado debe ser apropiado al hecho que necesitamos probar, cabe decir que la peritación debe ser conducente para desatar la incógnita o absolver el

³³ DEVIS ECHANDIA, H.. 1987 Teoría General de la Prueba Judicial Tomo 2 Biblioteca Jurídica Diké, primera edición colombiana, pág. 404.

interrogante; por ejemplo, a través de este medio de prueba se pueden identificar personas; determinar el estado de salud mental y físico de seres humanos; establecer el estado económico; determinar huellas y rastros; determinar el estado de las cosas, objetos, edificaciones, ríos, lagos, niveles de contaminación de los mares; medidas, superficies y linderos de propiedades; exámenes caligráficos; autores, métodos, antigüedad y autenticidad de obras de artes; exámenes de títulos valores y libros de contabilidad; interpretación de reacciones químicas; secuelas de intervenciones quirúrgicas; evaluación de traumas por accidentes; traumas psíquicos, psicológicos y físicos, producto de intervenciones quirúrgicas; determinación de los niveles de contaminación en el ambiente y, en fin, un universo de posibilidades que se abre al campo de la peritación.

Excepcionalmente existen hechos que no se pueden demostrar o probar a través de este medio de prueba, a manera de ejemplo tenemos: la capacidad delictiva; la capacidad intelectual; los sentimientos; las ideas políticas; en fin todos aquellos valores inmersos en el mundo subjetivo del deber ser.

Empero, a pesar de que los valores morales y los sentimientos no pueden ser objeto de examen pericial, en su mundo inmaterial, sus manifestaciones materiales si son susceptibles de exámenes periciales.

2.2. Que el dictamen sea pertinente.

Cabe decir que el examen absuelva el interrogante planteado en el proceso que se

requiere. No sería apropiado para determinar el método utilizado en un examen de sangre para diagnosticar HIV - positivo o negativo, utilizar un perito experto en anestesiología porque el arte o profesión que conoce no guarda relación con el propósito de la prueba.

2.3. Que el perito sea experto y competente.

Para que un peritaje tenga valor probatorio el perito debe ser persona de probada competencia, capacidad y experiencia profesional, cualidades imprescindibles para acreditar su idoneidad. En la práctica los peritos no son designados en consideración a sus cualidades profesionales lo que ha contribuido a desacreditar esta prueba y limitado su uso con la frecuencia y eficacia que de ella se puede derivar.

En nuestro medio se ha hecho costumbre generalmente aceptada la designación de peritos que no poseen el dominio de ningún arte o conocimiento especializado y realizan dictámenes periciales que se incorporan al proceso, obviando el hecho de que el perito debe emitir conceptos con valor técnico, artístico o científico que escapan al conocimiento común de las personas, incluido el Juez, y debe ser idóneo en estos menesteres.

2.4. Que el perito sea imparcial y sincero.

La seguridad de que el dictamen sea serio y objetivo se logra con peritos independientes que no se sientan comprometidos con la parte que los contrató o con el

Juez que los designó de oficio Cabe recordar que el artículo 749 del C.J. dice que éstos pueden ser tachados por las mismas causales que los jueces y los testigos y su alguna de las partes no se siente conforme con el dictamen debe utilizar los recursos que la ley otorga a fin de que el Juez resuelva si existe algún vicio que justifique la queja y si no es posible utilizar ninguna de estas alternativas el juzgador puede ordenar que se realice otro examen designando nuevos peritos.

2.5. Que no haya objeción oportuna al dictamen.

Dentro del término de objeción el afectado debe informar sobre el rechazo del dictamen y hacer del conocimiento del Juez las razones que sustentan su disconformidad, a fin de que sean evaluadas y se decida sobre su mérito.

2.6. Que el dictamen esté debidamente fundamentado.

Para que el dictamen pericial tenga eficacia probatoria el perito debe fundamentarlo con argumentos lógicos y conocimientos técnicos, científicos calificados en la materia bajo examen. Por ejemplo, el perito no puede afirmar que un medicamento fue la causa de una reacción alérgica en un paciente sino establece primero que éste es un alérgeno activo para este paciente y que la reacción se debió a su aplicación.

El maestro **Hernando Devis Echandia** dice que en los sistemas procesales donde el juez tiene libertad para valorar el dictamen en base al principio de la sana crítica

razonada, se tienen mayores oportunidades de establecer un vínculo entre la fundamentación del dictamen y su mérito probatorio. Nuestra legislación señala que el juez apreciará esta prueba en base a la sana crítica, por lo que suponemos debe entrar a valorar la capacidad profesional de los peritos, la uniformidad y consistencia de sus opiniones, los conocimientos especializados que las acrediten como expertos en el tema bajo examen y el resultado del examen en relación con el punto controvertido que se debía aclarar con la pericia ordenada.

2.7. Que las conclusiones del dictamen sean claras y firmes.

El perito debe armonizar sus conclusiones con los argumentos y las técnicas utilizadas, no es posible que las conclusiones aportadas correspondan a una técnica que, obviamente, no utilizó y viceversa que la técnica usada no guarden relación con los argumentos esgrimidos para arribar a las conclusiones consignadas. Se exige, además, que el informe sea redactado de forma sencilla cuyo contenido pueda ser comprendido por un lego en la materia y no se tenga que recurrir a otro peritaje para interpretar el informe bajo análisis.

2.8. Que las conclusiones sean convincentes.

El Juez ordena el peritaje sobre materia que no conoce y espera que el dictamen le aclare e ilustre sobre su propio interrogante o el de cualesquiera de las partes, por lo que se espera que las conclusiones a que arribe el perito sean consecuencia lógica de

la pericia encomendada y para despejar la incógnita planteada. A manera de ejemplo: Un médico experto en hematología debe estar capacitado para determinar si la causa de muerte del paciente se originó en una leucemia y su tipo porque esa es su especialidad; si su dictamen habla de que el paciente murió de cáncer de próstata, este diagnóstico no está en consonancia con sus conocimientos porque, en todo caso, esto lo debe determinar un urólogo-oncólogo y no un hematólogo.

2.9. Que el dictamen no sea dudoso o incierto.

El informe del perito debe ser claro y sin contradicciones en cuanto al fondo de lo que se pretende dilucidar y no debe estar desvirtuado por otras pruebas dentro del mismo proceso. Si en el expediente existen pruebas que desvirtúen el dictamen pericial, el Juez debe pedir al perito que revise el examen o realice un nuevo estudio y si todavía persisten las dudas podrá negarle valor probatorio y designar nuevos peritos para que realicen otro examen, sea de oficio o a petición de parte.

2.10. Que no haya rectificación o retractación de fondo del contenido del informe.

Si fuere el caso de que el perito se retracta o enmienda o corrige su informe sin que pueda ser atribuido a un error matemático, mecanográfico o por simple confusión y se demuestra que el mismo se fundamentó en un cambio de actitud frente a la muestra en examen o por una apreciación diferente de los hechos, el Juez puede negar el valor

probatorio por la incertidumbre y duda que el perito ha dejado caer sobre su propio trabajo; en este caso el juez de oficio puede pedir que se repita la pericia con los mismos peritos o puede designar nuevos peritos.

2.11. Que el dictamen sea oportuno.

El informe que contiene el dictamen debe ser presentado dentro del término estipulado en la resolución por medio de la cual el Juez ordena la prueba, fuera de éste término no tendrá valor probatorio por extemporáneo, salvo que a petición de las partes o de los propios peritos el Juez autorice una extensión del periodo de tiempo concedido.

2.12. Que se respete el derecho de defensa.

El Juez al ordenar el peritaje debe respetar el derecho de defensa que conlleva el contradictorio por esta razón será causal de tacha haber realizado la pericia inoída parte; porque el respeto, el derecho de defensa exige que las partes sean notificadas por anticipado para que participen del peritaje y no se les sorprenda con un peritaje amañado. Las partes deben tener conocimiento oportuno del peritaje, su objeto y de las credenciales de los peritos que lo van a realizar.

Esta exigencia es concordante con el respeto a los principios de publicidad y contradicción de la prueba y el dictamen que se realice sin la observancia estricta del

principio de contradicción no se le reconocerá valor probatorio.

2.13. Que los peritos no excedan los límites de su encargo.

El perito debe limitar su examen a los puntos señalados en la resolución, que ordena el peritaje, sin exceder los límites del encargo judicial encomendado, toda vez que éste fue puesto en conocimiento de las partes respetando el principio de contradicción. El dictamen que va más allá de los límites estipulados viola este principio, salvo que las partes hubiesen aprobado ampliar el examen a otros puntos y éste se los hubiera autorizado. Una de las críticas más severas que se le formulan al dictamen es que va derogado sólo a defender a la parte que lo designó, sin preocuparse de la fundamentación técnica de las conclusiones del “dictamen pericial” que resulta, a veces, un alegato en favor de la parte que lo designó y pagó sus honorarios.

2.14. Que no se haya declarado judicialmente la falsedad del dictamen.

La declaración de falsedad de un dictamen pericial compete a la esfera del derecho penal. En estos casos el Juez puede esperar el resultado de la investigación o puede decretar una nueva peritación, pero no puede utilizar este dictamen viciado mientras no exista pronunciamiento final que acredite o desvirtúe la falsedad.

Como se indico el Juez tiene la opción de esperar a que se decrete o no la nulidad con lo cual dilataría el proceso u ordenar una nueva pericia con fundamento en el

principio de economía procesal, en lugar de esperar el resultado de la investigación penal.

2.15. Que el hecho no sea jurídicamente imposible.

La pericia se debe realizar para probar o aclarar un hecho jurídicamente posible, cabe decir que no se podrá realizar examen pericial para desatar una controversia o responder a un interrogante ya decidido en otro proceso y sobre el cual pesa sentencia ejecutoriada o que se trate de un hecho sobre el cual no cabe prueba en contrario.

2.16. Que los peritos no violen la reserva legal o el secreto profesional de los documentos usados en su dictamen.

Es aplicable en casos de profesionales que deben guardar reserva de las confidencias que les hagan sus clientes, como es el caso de los médicos y abogados. No se podría ordenar un examen sobre la hoja clínica de un enfermo, salvo que éste y, en su defecto, sus familiares o sus representantes lo autoricen; como tampoco se puede coaccionar a un abogado que acepte el cargo de perito para realizar exámenes sobre documentos confiados por su cliente para su defensa y sobre los cuales no ha recibido autorización para su disposición.

El maestro **Devis Echandia** aclara con sencillez lo concerniente al tema de los

dictámenes rendidos por profesionales, con deber de reserva, que es pertinente al punto que nos ocupa, así dice:

"La consecuencias procesales que en materia de prueba tiene la violación del secreto profesional son muy distintas en cada sistema. Si la ley otorga al juez la facultad de decidir sobre un punto. Es claro que la prueba será lícita siempre que éste la haya decretado; en cambio si la ley consagra el derecho al secreto frente al juez, la situación es diferente: si se trata de un derecho del profesional (sistema colombiano) la declaración voluntaria de éste o la entrega voluntaria del documento que contiene el secreto, serán lícitas, pero si se obtienen mediante coacción del funcionario y a pesar de la oposición del profesional, será una prueba ilícita por violar un derecho subjetivo que la ley ampara si se consagra como un deber o un obligación del profesional, relevante por el cliente, el testimonio o el documento serán pruebas ilícitas cuando el cliente haya autorizado su recepción e ilícitas en el caso contrario si se establece como prohibición absoluta la de ser admitida en proceso esa prueba, tendrá siempre el carácter de ilícita."³⁴

3. Análisis de los Requisitos para la validez del dictamen en la doctrina y en La Legislación Panameña.

3.1. Que la pericia la ordene el Juez.

Para que un dictamen pericial sea considerado como prueba y el juzgador lo acepte como tal debe decretarse dentro de un proceso y practicarse con las ritualidades que exige la Ley, de manera que el dictamen extrajudicial no tiene valor probatorio, ni en la doctrina ni en el proceso panameño. No se puede pensar que un informe u opinión calificada, aunque provenga de un experto en la disciplina de que se trate se convierta en prueba si no ha sido pedida, ordenada y practicada dentro de un proceso. Este argumento sirve de base, a nivel doctrinal, para establecer una diferencia fundamental

³⁴ DEVIS ECHANDIA, H , 1987 ob cit pág. 548 (324-346)

entre el testimonio y el peritaje, toda vez que en el primero se pide que la deposición sea espontánea y el peritaje requiere que se ha pedido de las partes o decretada por el Juez de oficio, así lo disponen los artículos 953 y 954 de nuestro C.J. comentados.

El artículo 953 del C.J. faculta al Juez para ordenar la prueba pericial reconocida, en la doctrina y en la mayoría de las legislaciones como la más idónea para interpretar el conocimientos científico que se debe analizar en procesos por mala práctica; nótese la redacción tan atinada de este artículo.

"953. Para conocer, apreciar o evaluar algún dato o hecho de influencia en el proceso, de carácter científico, técnico, artístico o práctico, que no pertenezca a la experiencia común ni a la formación específica exigida al Juez, se oirá el concepto de peritos".

El segundo párrafo de este artículo faculta al Juez para decretar esta prueba de oficio y le permite asistirse de peritos sobre temas que escapen a su formación académica, disposición muy acertada y realista porque no es cierto que los abogados se encuentren en condiciones de manejar todas las áreas del conocimiento humano y deben reconocer sus limitaciones y buscar la ayuda de personas expertas en los temas a tratar en los procesos bajo su responsabilidad, así dice este párrafo:

"El Juez, aunque no lo pidan las partes, puede hacerse asistir por uno o más peritos cuando no esté en condiciones de apreciar por sí mismo los puntos de la diligencia, cuestión, acto o litigio.

El artículo 968 del C. J. otorga al Juez la facultad de disponer de oficio o a petición de parte la realización de dictámenes especiales que le ayuden a mejor resolver; pero no se trata de cualquier examen o prueba, sino de aquella que está fuera del conocimiento del Juez por su grado de dificultad.

Dice la norma, expresamente, que el Juez podrá ordenar en el campo técnico exámenes sobre: "Ejecución de planos, reproducciones fotográficas, cinematográficas u otras de carácter técnico o científico, de objetos, documentos o lugares, con empleo de medio o instrumentos mecánicos"

En el campo científico podrá ordenar exámenes que le permitan "verificar las afirmaciones de las partes" y dice que "Cuando se trate de examen hematológico, bacteriológico o de naturaleza análoga, sobre la persona, debe hacerse con el consentimiento de ésta, respetando siempre su dignidad e integridad."

En cuanto al método que podrá utilizar para la comprobación de los hechos argumentados por las partes y la forma como se supone que éstos ocurrieron en la práctica, se le faculta para ordenar la "Reconstrucción de hechos, para comprobar si se han producido o pudieron realizarse de una manera determinada."

También tiene facultades para pedir ayuda a instituciones que puedan suministrar información pertinente al proceso o que puedan auxiliarle con equipo o personal calificado; si la institución requiere de pago por sus servicios, el Juez ordenará que la parte o partes interesadas consignen su monto por anticipado.

De la lectura de esta norma se infiere que el Juez no tiene que ser mudo y ciego frente al dictamen, éste debe ser crítico e insistir en aclaraciones, explicaciones y reconstrucciones hasta que logre un conocimiento lo suficientemente ilustrado que lo capacite para resolver el fondo de la controversia con argumentos de peso

3.2. Que el perito sea idóneo.

El perito puede estar inhabilitado o imposibilitado, de manera transitoria o permanente para ejercer el cargo, sea por razones de enfermedad física o mental; impedido para el ejercicio de cargos públicos o para el ejercicio de su profesión y mientras dure esta incapacidad no podrá aceptar cargos donde se tenga que ejercer su profesión u oficio; la orden de inhabilitación debe ser emitida por autoridad jurisdiccional. En otras legislaciones se permite que el cargo de perito lo ejerzan menores de edad que son expertos en un arte u oficio, pero en nuestra legislación la norma es expresa en cuanto a que el perito debe ser idóneo y por ende capaz y la minoría de edad es una incapacidad transitoria en la vida de una persona.

En Panamá la profesión de perito no está reglamentada y no se exige una idoneidad profesional para ejercer este cargo, salvo que se trate de un examen muy sofisticado donde se requiera que el perito sea un verdadero experto en la materia, por ejemplo, un ingeniero; arquitecto; químico; abogado, recordar que este profesional no puede ser perito en materia legal o jurídica; contador público autorizado o médico; en estos casos se le exige la idoneidad respectivas, este tema lo trata el artículo 965 del C.J., que a la letra dice:

“965. Si la profesión o especialidad estuvieren reglamentadas, los peritos deberán tener el correspondiente título o certificado de idoneidad, en la profesión, ciencia, arte o actividad técnica especializada a que pertenezcan las cuestiones sobre las cuales deban dictaminar”.

3.3. Que el perito tome posesión del cargo.

En una parte de la doctrina se dice que el perito debe tomar posesión del cargo y jurar que lo cumplirá fielmente, otra dice que el juramento no debe ser previo; en la legislación panameña se establece la formalidad de la toma de posesión del perito y el juramento de discreción y honestidad en el manejo del encargo, así dice el artículo del C.J. que lo regula:

“959. Llegada la hora y día señalados para diligencia, los peritos tomarán posesión ante el Juez, jurarán no divulgar su dictamen y desempeñar el cargo a conciencia y mantener una imparcialidad completa. En este acto, podrán pedir al Juez que amplíe el término señalado para realizar su labor y rendir el dictamen. También podrán hacerlo una vez concluida la inspección judicial, conforme lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 944”.

3.4. Presentación y sustentación del dictamen.

El perito debe presentar, al juzgador, el dictamen realizado por escrito dentro del término señalado ratificarlo y sustentarlo en el acto de la recepción de la prueba con participación del juez y ambas partes. El párrafo primero del artículo 961 del C.J. indica la forma en que el perito debe rendir su dictamen, en este momento pueden ser preguntados y repreguntados de la misma manera que se interroga a los testigos, así indica:

“961. Los peritos deberán rendir su dictamen en forma clara y precisa; podrán ser examinados y repreguntados de la misma manera que los testigos por los apoderados o por expertos, sujetos a las limitaciones numéricas establecidas en el artículo 956”.

3.5. El dictamen debe estar libre de vicios.

En la doctrina se habla de que el perito debe aceptar el cargo libremente y rendir su dictamen de manera espontánea sin coacción, violencia, dolo o error. En nuestra legislación, además, de exigir estos requisitos se sanciona la falta de cooperación y los obstáculos que las partes pongan para impedir la realización del examen, sobre este tema dice el párrafo final del artículo 960 del C.J., veamos:

"Si alguna de las partes impide deliberadamente la práctica del dictamen, los peritos lo informarán al Juez, quien le ordenará que facilite de inmediato la diligencia y si no lo hace, le impondrá multas sucesivas de diez (B/10.00) a veinticinco balboas (B/25.00) hasta que cumpla con la orden impartida".

3.6. Que el examen no esté prohibido por Ley.

El examen pericial debe ordenarse sobre temas o puntos sobre los cuales no exista prohibición legal para realizarlos; cabe la posibilidad de que la prueba se ordene sobre hechos u objetos, que no puedan o deban someterse a este tipo de examen, en cuyo caso no tendrá valor. Nuestra legislación no tiene una norma expresa que lo diga, pero se infiere del artículo 955 de C.J., veamos:

"955. En base a la solicitud, el Juez decidirá sobre la procedencia de la prueba, y, de aceptarla, concretará los puntos sobre los cuales recaerá el peritaje. Desde la notificación del auto que dispone el peritaje hasta la toma de posesión de los peritos, las partes podrán pedir que el dictamen se amplíe y el Juez, si lo cree necesario, lo dispondrá de plano, en auto irrecurrible".

En la doctrina no se aceptan como peritos a personas de dudosa reputación o de conocida proclividad para delinquir. En la República de Panamá no tenemos una norma expresa que lo disponga; pero la misma se infiere del artículo 966 del C.J. que

homologa a los peritos con los jueces y dice que están impedidos y son recusables por las mismas causas, así lo dice:

“966. Los peritos están impedidos y son recusables por las mismas causales que los jueces. La recusación deberá ser formulada dentro del término del traslado del escrito que los designa”.

Por considerarlo pertinente cita el Dr. **Manuel Ossorio**, define con claridad la facultad de recusar a los jueces y que se aplica a los peritos por extensión, así se expresa:

"Facultad que la ley concede a las partes en un juicio civil, penal o laboral, para reclamar que un juez, o uno o varios miembros de un tribunal colegiado, se aparten del conocimiento de un determinado asunto, por considerar que tienen interés en el mismo o que lo han prejuzgado" ³⁵

En el caso que nos ocupa si a un médico-perito se le demuestra que no es persona honorable porque ha causado daño, es adicto a las drogas, o lleva una vida desordenada e irresponsable, se le puede tachar por causas de moralidad y corresponde al Juez decidir si acepta este dictamen o lo niega o lo acepta con reserva. Igual sucede con el perito que es tachado por cuestiones de parentesco o sospecha de parcialidad o por ser amigo o enemigo declarado de cualesquiera de las partes o del Juez, todos estos supuestos lo regula el artículo 749 y siguientes del C.J. patrio cabe destacar, además, que el perito no se debe designar para suministrar o aclarar datos que pertenezcan a la experiencia común ni a la formación específica exigida al Juez, al tenor de lo que establece el artículo 953 del C.J.

³⁵ OSSORIO M., 1989. ob cit , pág 649

3.7. Que el examen lo haya realizado el perito.

Es criterio generalmente aceptado, en la doctrina y en la mayoría de las legislaciones, que el perito se auxilie de otros expertos e inclusive constituya un equipo de trabajo; pero la responsabilidad del examen y la sustentación recaen sobre el perito encargado y juramentado y sólo él puede analizar y evaluar los hechos. Asimismo las apreciaciones del perito deben ser personales y no de referencias de otros peritos o de informes utilizados en otros casos. Para terminar, la opinión técnica sobre los objetos o hechos bajo examen las debe hacer el perito, aunque en las tareas preparatorias se auxilie de otras personas.

El artículo 960 del C.J., señala que el perito personalmente estudiará la materia del examen, asimismo establece las reglas que deben observar en la elaboración del examen y el informe, así como el apoyo logístico que debe ofrecérseles; además considera como un deber la colaboración que las partes deben brindar al perito y frente a su incumplimiento pueden recibir un multa como sanción.

“960. Los peritos personalmente estudiarán la materia del dictamen y están autorizados para solicitar aclaraciones de las partes, requerirles informes, visitar lugares, examinar bienes muebles o inmuebles, ejecutar calcos, planos, relieves y realizar toda clase de experimentos, que consideren convenientes para el desempeño de sus funciones.....

Las partes tienen el deber de colaborar con los peritos, de facilitarles los datos, las cosas y el acceso a los lugares que aquellos consideren necesarios para el desempeño de su encargo y si alguno no lo hiciere, se dejará constancia de ello y el Juez podrá deducir un indicio, de acuerdo con las circunstancias..”.

El perito debe incluir en su informe los datos y circunstancias que rodearon el examen desde su propia percepción personal y no de oídas o por meras referencias,

como tampoco puede o debe repetir lo que otro perito dijo acerca de un mismo tema; porque el debe expresar su opinión técnica producto de su conocimiento y experiencia personal, tal cual se desprende del artículo comentado.

3.8. El perito sólo debe usar métodos legítimos.

Este requisito recoge la corriente mayoritaria y generalmente aceptada de no darle valor a la prueba que verse sobre materia considerada ilícita u obtenida por medios ilícitos. Por ejemplo en el caso de las grabaciones magnetofónicas, estas son válidas sin estar autorizadas por autoridad competente o por la parte cuya voz se graba, en caso contrario la prueba es ilícita y no tendrá valor probatorio por haber sido obtenida en violación de claras garantías fundamentales. En la legislación panameña no existe norma expresa que hable de métodos legítimos para obtener la prueba, pero el artículo 967 del C.J. recoge con bastante fidelidad la letra y el espíritu de la prueba pericial moderna aplicada en su justa dimensión, libre de vicios y contraria al concepto mediocre de prueba pericial a que se había reducido esta valiosa herramienta del derecho probatorio.

Con el artículo 967 casi que huelga la interpretación, porque la misma es clara cuando dice que el Juez debe evaluar el dictamen considerando "los principios científicos" en que éste se sustente, cabe decir, que no es cualquier argumento el que se debe utilizar, como tampoco se debe basar en los conocimientos empíricos que tenga el perito designado; porque éste debe haber realizado estudios que le permitan

disponer de conocimientos especializados técnicos y científicos en la disciplina que se requiera. Además, el juzgador debe evaluar la prueba de acuerdo "con las reglas de la sana crítica" lo que le compromete a realizar un ejercicio intelectual en base a la lógica y la experiencia y dentro del contexto del resto del material probatorio que obre en el expediente, así dice el artículo en comento:

“967. La fuerza del dictamen pericial será estimada por el Juez teniendo en consideración los principios científicos en que se funde, la relación con el material de hecho, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica, la competencia de los peritos, la uniformidad o disconformidad de sus opiniones y demás pruebas y otros elementos de convicción que ofrezca el proceso”.

3.9. El examen se debe realizar en proceso no viciado.

La doctrina recoge el principio generalmente aceptado de que la suerte de lo principal lo sigue lo accesorio, de manera que en un proceso declarado totalmente nulo la prueba pericial aportada será nula de pleno. En el capítulo IX del Libro II del C.J. no existe norma expresa que trate sobre la nulidad, por lo que debemos acudir, salvo mejor criterio, a lo que mandan los artículos 721 y siguientes del capítulo IV de este mismo Libro y Código sobre "Nulidades".

3.10. Deliberación conjunta.

Se aplica en aquellos peritajes donde participan varios peritos y su exigencia dependerá de la legislación de cada país. En la doctrina no se objeta que los peritos

deliberen juntos y emitan sus dictámenes en un sólo documento o por separado, pero lo que si exige es que a todos se les haya brindado la oportunidad de analizar el mismo material y utilizar las garantías y equipo para realizar su labor y que hayan acreditado su condición de expertos en la materia bajo examen. En nuestra legislación no existe norma expresa que estipule la deliberación conjunta, pero de la lectura de los artículos del capítulo IX, Libro II del C.J. se puede concluir que la misma se puede realizar.

En cuanto al mínimo y máximo de peritos que puede presentar cada parte, dice el artículo 956 del C. J. lo siguiente:

“956. Cada parte puede designar hasta dos peritos. Cuando cada parte designe un solo perito y alguno de ellos no concurriere a la diligencia, por cualquier causa, será reemplazado por la parte respectiva en el acto mismo o dentro de las veinticuatro horas siguientes, si hubiere tiempo suficiente para ello”.

Esta norma fue declarada constitucional por el pleno de la Corte Suprema de Justicia por razón de advertencia presentada por la parte actora en proceso ordinario de mayor cuantía promovido por Roberto Enrique Malek y Brenda Valladares de Malek en sus propios nombres y en representación de Roberto Enrique Malek Valladares, en contra de Clínicas y Hospitales, S.A. (Centro Médico Paitilla); Dr. Ramón Crespo Borges; Dra. Sonia Portillo H. y Dra. Xiomara M. de Rovira, ante el Juzgado Séptimo de Circuito de lo Civil del Primer Circuito Judicial de Panamá

3.11. Debe versar sobre los hechos.

Es práctica reiterada que el perito, sobre todo en materia de responsabilidad médica, realiza sus pericias y las redacta con el lenguaje propio de los abogados e

inclusive se les escucha en conferencias discernir sobre niveles de culpa, homicidios, lesiones dolosas y culposas, por mencionar sólo algunos temas; más sin embargo, no explican con detalle y en forma didáctica los interrogantes que se plantean las partes o el Juez y que le van a permitir a éste un conocimiento autorizado sobre un tema que él desconoce y sobre el cual requiere orientación para desatar la controversia. El perito debe responder el interrogante planteado desde el ángulo de sus conocimientos y experiencia sin tratar de invadir el ámbito forense, regulado en el artículo 961 del C.J., comentado.

3.12. La pericia debe realizarla un tercero.

En estricto derecho tercero es aquella persona que no es parte en el proceso, de manera que no puede designarse a un perito que sea parte, obviamente, esta designación recae sobre una persona ajena al proceso y que no tenga las prohibiciones de ley en cuanto a parentesco, de amistad o enemistad con las partes, porque podría dar lugar a tacha, regulado en el artículo 966 del C.J.

Por considerarlo pertinente, para ilustrar el tema bajo examen, cito extractos de la vista del Procurador de la Administración, contenida en el fallo de 18 de septiembre de 1992, por medio del cual el Pleno de la Corte Suprema de Justicia declara que la frase "hasta dos peritos" contenida en el artículo 956 del C.J. no es inconstitucional, así opina el Señor Procurador de la Administración:

a. Dice el Procurador que el debido proceso se garantiza con un informe que ilustre

apropiadamente a los litigantes sobre temas que desconocen y no por el número de peritos, así lo indica, expresamente:

"el debido proceso no está necesariamente garantizado por la cantidad o número de peritos que puedan designar las partes o el tribunal, sino por la calidad de los informes y por la posibilidad que se ofrece a los litigantes de ilustrarse en asuntos que exigen conocimientos especiales, a fin de obtener la verdad más científica y real"

- b. Dice que la asistencia de peritos que permite el artículo 953 del C.J., "Para conocer, apreciar o evaluar algún dato o hecho de influencia en el proceso, de carácter científico, técnico, artístico o práctico", reconoce el Principio de igualdad de oportunidad y el Principio de Contradicción, cuando expresa:

"el Juez puede hacerse asistir de "uno o más", peritos y las partes pueden designar "hasta dos" para cada práctica pericial, lo cual permite un número amplio de peritos en estas diligencias, reconociendo de esta manera dos principios fundamentales en materia probatoria: El Principio de igualdad de Oportunidad y el Principio de la Contradicción"

- c. Ratifica el contenido del artículo 962 del C.J. que permite al Juez solicitar la ampliación de la pericia, informes adicionales sobre el examen realizado e inclusive que se repita la prueba, cuando dice:

"en nuestro ordenamiento jurídico, en caso de que el peritaje practicado no permita al Juez conocer, apreciar o evaluar el hecho sobre el cual ha versado, puede ordenar que la prueba se amplíe o se repita con los mismos o nuevos peritos y que los peritos rindan los informes adicionales que se les solicite"

- d. El artículo 956 del C.J. dice que "Cada parte puede designar hasta dos peritos", pero no dice que sea por cada hecho, a través de esta Vista el Procurador de la Administración resuelve este interrogante, cuando expresa:

"en asuntos complejos las partes pueden pedir varias pruebas periciales para probar distintos hechos de la demanda, y en cada prueba pericial puede designar dos peritos"

e. Esta Vista, también, define el alcance del artículo 953 del C.J. porque aclara que el Juez puede designar, sin límite alguno, los peritos que estime necesarios. Esta aclaración es de gran importancia en los procesos por mala práctica médica donde la prueba pericial es la prueba idónea por excelencia, porque deja claro que el Juez podrá designar, de oficio o a petición de las partes; peritos de distintas especialidades para aclarar un mismo hecho; luego entonces se puede pedir el nombramiento de hasta dos peritos por especialidad, porque ya se dijo que para probar un mismo hecho se pueden designar peritos de distintas especialidades. Veamos lo que, expresamente, dice el Procurador de la Administración, sobre este tema, en el fallo en comento.

"si para probar un sólo hecho se requieren peritos en más de dos especialidades, esta circunstancia debe ser puesta en conocimiento del Juez quien puede "hacerse asistir por uno o más peritos cuando no esté en condiciones de apreciar por si mismo los puntos de la diligencia en cuestión, acto o litigio" (Artículo 953 del C.J.), porque el Juez sin límite alguno, puede nombrar los peritos que estime necesarios".

La legislación panameña regula otros supuestos aplicables a la prueba pericial que por su importancia hemos agregado en esta parte de la investigación. El párrafo primero del artículo 954 establece los parámetros que debe observar la parte que aduce la prueba pericial y los peritos que utilizará en la prueba, porque no se debe ordenar un peritaje en abstracto o permitir que el perito decida cuál es el objeto de su examen, todo debe estar previamente estipulado, veamos:

"954. La parte que adujere la prueba pericial debe indicar el punto o puntos sobre que ha de versar el dictamen de los peritos y expresará en el mismo escrito la persona o personas que designe para desempeñar el cargo".

Y sigue diciendo en la parte final este mismo artículo que la contraparte participa de esta prueba a través de un cuestionario que suministra cuando se le corre traslado de la petición de la prueba e inclusive puede designar sus peritos o adherirse a los nombrados, así dice:

"La contraparte, dentro del término de traslado, podrá formular su cuestionario, designar peritos o adherir a los ya nombrados. Vencido este término, el Juez señalará día y hora para la práctica de las pruebas y fijará el término que tienen los peritos para rendir su dictamen".

El párrafo primero del siguiente artículo dice como el Juez designa los peritos en caso de impedimento legal, excusa, tacha o, sencillamente, cuando la parte no los designa y, a su juicio, la prueba es necesaria.

"957. Cuando los peritos se excusaren de aceptar el cargo o manifestaren algún impedimento legal o fueren separados en virtud de tacha, el Juez procederá a reemplazarlos. También lo hará así, cuando las partes no los designen oportunamente y estime necesario la prueba".

El artículo 958 merece un comentario especial porque es en realidad una crítica al sistema de administración de justicia que todavía no cuenta con un cuerpo de peritos ni bien ni mal preparados y para suplir esta falla corresponde a las partes designar sus peritos, con el riesgo de que el perito se sienta comprometido a realizar un examen de acuerdo a los intereses de la parte que le paga sus servicios, por lo cual debemos acudir a la reserva moral de cada profesional que realiza el examen encomendado. Este problema sería menos grave si se tratara de peritos colegiados que posean independencia interna y que no se sientan comprometido con la persona que los contrata, porque son muy pocos los casos en que un perito rinde un informe que perjudica a la parte que le contrató; utópicamente así dice este artículo, el cual

citamos íntegramente:

“958. Cuando el Juez o las partes deban designar peritos, los escogerán del cuerpo de peritos.

Los nombres de las personas que integren el cuerpo de peritos figurarán en listas que serán publicadas y las cuales serán formados por la Corte Suprema de Justicia.

Cada dos años se integrarán las listas con personas de reconocida honorabilidad y pericia; y en frente de cada nombre se expresará la rama de especialización.

Los empleados públicos no podrán actuar como peritos en los casos en que el Estado sea parte o tenga interés”.

Dentro de las amplias facultades que tiene el Juez, que pasó de ser un mero espectador a un verdadero director del debate, puede ordenar todos los exámenes periciales que considere necesarios, además, podrá pedir que los peritos amplíen el dictamen, repitan el examen hasta quedar satisfecho con la información que requiere para desatar el fondo de la controversia, sobre este tema dice el artículo 962 del C. J :

“ El Juez puede ordenar que se repita o amplíe la prueba y que los peritos rindan los informes adicionales que le soliciten”.

El artículo 782 del C.J. confiere al Juez amplias facultades para decretar pruebas de oficio, expresamente, indica:

“ 782. Además de las pruebas pedidas y sin perjuicio de lo dispuesto en otras disposiciones de este Código, el Juez de primera instancia debe ordenar, en el expediente principal y en cualquier incidencia que surja, en el período probatorio o en el momento de fallar, la práctica de todas aquellas que estime procedentes para verificar las afirmaciones de las partes y el de segunda practicará aquellas que sean necesarias para aclarar puntos oscuros o dudosos en el proceso.

La resolución que se dicte es irrecurrible y si se tratare de la declaración de testigos en ella expresará el Juez las razones por las cuales tuvo conocimiento de la posibilidad de dicho testimonio.

La respectiva diligencia se practicará previa notificación a las partes para que concurran a la diligencia si así lo estiman conveniente.

Los gastos que impliquen la práctica de estas pruebas serán de cargo de las partes, por igual, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre costas.

El Juez debe, en cualquier momento, ordenar de oficio la repetición o perfeccionamiento de cualquier prueba, cuando ha sido mal practicada o sea deficiente.”

El artículo 963, del mismo Código, le permite al Juez ordenar la prueba pericial, de oficio, cuando dispone :

“963. En los casos en que se ordene de oficio la práctica de una prueba pericial, el Juez formulará en el mismo auto el cuestionario que deba ser absuelto por el perito”.

El artículo 964 del C.J. trata sobre los honorarios de los peritos y dice que el Juez debe aprobarlos, inferimos que la parte puede negociar el honorario con el experto y lo somete a la consideración del Juez. Estos emolumentos se deben pagar en un plazo de hasta seis días, contados desde el momento en que el perito rinda el informe. En la práctica el perito no rinde el informe hasta que le hayan pagado sus honorarios, esta situación pone de manifiesto la imperiosa necesidad de que el Órgano Judicial cumpla con la designación “del cuerpo de peritos” que manda el artículo 958 del Código Judicial y, por ende, se respeten los principios que integran el debido proceso.

Capítulo Quinto

La prueba en obligaciones de medios y de resultado

LA PRUEBA EN OBLIGACIONES DE MEDIOS Y DE RESULTADO

1. Deberes de los Médicos.

El Código Internacional de Ética Médica aprobado en octubre de 1949 en la III Asamblea general celebrada en Londres, Inglaterra señala aquellos deberes que los profesionales de la medicina se obligan a cumplir por convencimiento propio y por considerar que es lo bueno, correcto y justo, sin que esté, necesariamente, consignado en una ley.

En la República de Panamá la “Asociación Médica Nacional” aprobó, en el año de 1983, durante la presidencia de la Doctora **María Villalaz de Arias**, el “Código de Ética” de esta Asociación el cual recoge el espíritu de los deberes consignados en el Código Internacional de Ética Médica”; el cual hemos anexado, completo, en el presente trabajo.

El Doctor **Roberto Serpa Flórez**, en su obra "Ética Médica y Responsabilidad", cita los deberes de los médicos consignados en el "Código Internacional de Ética Médica" y sobre éstos podemos concluir:

1. El médico debe mantener siempre una conducta profesional.
2. El médico debe velar por la salud de sus pacientes antes que por sus interés económico.
3. El médico debe prestar un servicio competente sustentado en la moral y en el respeto a

la dignidad humana.

4. El médico debe actuar con honestidad y exigir de sus colegas igual conducta, evitando el fraude y el engaño.
5. La publicidad en la actividad del médico debe evitarse, salvo que su Código de Ética lo permita.
6. El médico no debe pagar por recibir paciente ni cobrar por referir pacientes a otros médicos.
7. El médico debe respetar los derechos del paciente y de sus colegas y las confidencias de sus pacientes.
8. El médico debe preservar la salud mental y física de su paciente.
9. El médico debe procurar la divulgación de los nuevos tratamientos y técnicas por los canales profesionales.
10. El médico sólo debe certificar lo que ha confirmado personalmente.
11. El médico tiene la obligación de preservar la vida humana.
12. El médico debe procurar la curación o el alivio de su paciente y si necesita ayuda para lograrlo debe buscarla.
13. El médico debe respetar las confidencias de su paciente, aún después de su muerte.
14. El médico debe atender las urgencias médicas como un deber humanitario.³⁶

De la lectura de los deberes de los médicos queda claro que su primer deber es preservar la vida humana en cuya tarea pone todo su empeño, pero este deber no significa

³⁶ SERPA FLÓREZ, R 1995 .Ética Médica y Responsabilidad Legal Médica Monografías Jurídicas # 88, Editorial Temis, Santa Fé de Bogotá, págs 19,20 y 21.

que se pueda comprometer a curar la enfermedad, sino tan solo a aliviar el dolor y mejorar la calidad de vida conocido, en el ámbito jurídico, como una obligación de medios.

Empero, en la práctica el médico va más allá de este primer deber cuando asegura al paciente que podrá realizar con éxito la intervención, tratamiento o procedimiento que necesita, no sólo para recuperar la salud sino para mejorar su aspecto físico o el funcionamiento de un órgano o una parte de su cuerpo, satisfaciendo de esta forma las expectativas del paciente, en este caso estaremos en presencia de una obligación de resultado. Es muy importante establecer esta diferencia para analizar la carga probatoria en uno y otro caso; porque en la obligación de medios ésta responsabilidad corresponde al paciente y en la de resultados recae en el médico.

Una buena parte de la doctrina considera que no existen dos tipos de obligaciones de medios y de resultado, que sólo existe la de resultado porque el médico siempre se obliga a un sólo resultado que es procurar devolver al paciente la salud que ha perdido. En este punto regresamos a la pregunta obligada de cuál es la responsabilidad profesional que se le pide al médico.

- Algunos sectores dicen que se le exige aquella que puede brindar un profesional responsable; no obstante, compartimos el criterio de los que afirman que al médico se le debe exigir un tipo de responsabilidad mayor que aquella que se pide al hombre promedio, porque el médico ejerce su profesión sobre la vida humana que es el don más preciado para el hombre.

2. Obligaciones de Medios.

2.1. Nociones Generales.

En las obligaciones de medios el médico sólo se compromete a aliviar los síntomas, mejorar la calidad de vida y si es posible lograr la curación del paciente, pero no como una obligación por la que debe responder como su objetivo principal. En este tipo de relación estamos frente a una persona enferma que requiere los servicios de un médico para sobrellevar, disminuir o curar su enfermedad. Por ejemplo, en los casos de enfermos de cáncer en etapa terminal, donde el médico sabe que el paciente morirá en poco tiempo, meses, semanas, días u horas, más sin embargo le procura todos los cuidados para lograr que la calidad de vida de ese enfermo sea mejor, aliviándole el dolor físico e inclusive a sobrellevar el peso moral de la enfermedad y la pérdida de su vida, en este punto también se requiere la ayuda de los médicos psiquiatras.

Dice la Doctora **Claudia Patricia Tejada**, acerca de la obligación de medios:

"es la que el deudor se obliga a poner en alma su industria, su actividad, su talento, a prestar esfuerzos, suministrar cuidados, en vista de un resultado sin duda, pero sin garantizar su efectividad, prometiendo al deudor solamente conducirse con prudencia y diligencia en una dirección determinada, siendo esta diligencia el objeto de la obligación, ya que normalmente el resultado deseado por el acreedor es demasiado aleatorio y depende poco de la exclusiva diligencia del deudor, por lo que la obtención del resultado no permite presumir culpa de este último." ³⁷

El médico tiene el deber de preservar la vida y la salud en esta tarea debe actuar

³⁷ TEJADA RUIZ, C y SERRANO ESCOBAR, L 1994 Responsabilidad Civil y del Estado en la Prestación de Servicios Médico- Asistenciales, ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Santa Fé de Bogotá, pág. 138

con diligencia y cuidado para no incurrir en conducta culposa, empero si el médico aplicó sus conocimientos y no pudo preservar la vida o disminuir el sufrimiento por efecto de la enfermedad, no se le puede exigir responsabilidad por incumplimiento, porque el galeno no se comprometió a un resultado específico.

Dice el Dr. **Roberto Vázquez Ferreyra** respecto a las obligaciones de medios:

- "a) se trata de una prestación de actividad en la cual la finalidad última es la curación del paciente.**
- b) La actividad consiste en un despliegue de conocimientos y prácticas científicas.**
- c) Esa finalidad última no resulta garantizada pues la obligación se satisface con el despliegue de la actividad médica y científicamente diligente".³⁸**

La doctrina confirma lo que hemos reiterando en cuanto las obligaciones de medios, dice que éstas son la regla y que consisten en la prestación de servicios médicos buscando la curación del paciente, pero no como un resultado prometido, sino como una meta esperada. Frente a este compromiso tan serio el médico se obliga a mantener un conocimiento actualizado con las nuevas y modernas técnicas y medicamentos que están hoy día a su alcance.

La obligación de medios puede estar consignada en un contrato o ser el producto de una relación extracontractual, pero en uno u otro caso el médico sólo se compromete a actuar con diligencia, prudencia y cuidado y a usar toda su técnica y experiencia, pero no incumple el acuerdo si el paciente fallece a consecuencia de la enfermedad que padece.

Dice el Dr. **Fernando Guzman Mora**, sobre el contrato de asistencia médica:

³⁸ VÁZQUEZ FERREYRA, R. 1995. Prueba de la Culpa Médica 1ª Edición Colombiana, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, pág. 59

“El contrato de servicio o asistencia médica da origen a una de las llamadas obligaciones de medio y no de resultado. El médico no puede prometer, asegurar ni garantizar la cura del enfermo. Por lo tanto, el único resultado que se puede ofrecer es que se pondrá todo el empeño, diligencia, pericia, conocimiento, prudencia y cuidado para una correcta ejecución ”. ⁴¹

Compartimos el criterio del Dr. Guzman Mora cuando dice que se trata de una relación de medios para asegurar al enfermo una mejor calidad de vida, empero, disentimos cuando afirma que no existe diferencia entre obligaciones de medios y de resultado. Consideramos que estas diferencias son obvias, porque en la relación de medios tenemos una persona enferma que necesita ayuda, sea para aliviar o mitigar su dolor y en ocasiones, quizás hasta se le pueda curar. En cambio en las obligaciones de resultado, por lo general, estamos frente a una persona sana que busca embellecer o mejorar una parte de su cuerpo o atemperar los efectos de una afección que no pone en riesgo su vida o requiere de un examen de laboratorio y accede al tratamiento, operación o técnica porque se le promete que mejorará su aspecto o solucionará su problema, de lo contrario no se entabla la relación.

3. Obligaciones de Resultado.

3.1. Nociones Generales.

Este tipo de relación sólo se puede dar dentro de una relación contractual, en oposición a una relación extracontractual que se puede dar fortuitamente sin

⁴¹ GUZMAN MORA, F 1995. De la Responsabilidad Civil Médica. Obligaciones de Medio y de Resultado en Medicina, Ediciones Roaristas, Biblioteca Jurídica Dík, 1ª Edición, Medellín, pág. 113.

planeación ni acuerdo. El contrato, en la obligación de resultado, no requiere de solemnidad, el mismo puede ser verbal o escrito; pero en uno u otro caso la persona que requiere el servicio le dice al médico lo que desea y espera de él y el médico le asegura un resultado y estipula sus honorarios, porque se trata de una persona sana que puede expresar lúcidamente su consentimiento.

En las obligaciones de medios, la persona se encuentra enferma y es posible que requiera la atención de más de un especialista. Son ejemplos de obligaciones de resultado, los exámenes de laboratorio; las placas radiológicas; operación de los ojos con rayos láser para mejorar la visión; operaciones de cirugía estética embellecedora; colocación de yesos; tratamiento de ortodoncia; confección de prótesis dentales o prótesis para reemplazar algún miembro del cuerpo, como brazos, piernas, cadera, etc. En casi todas las obligaciones de resultado al paciente se le exige que esté sano; por ejemplo para realizar una cirugía plástica al paciente se le exige, previo a la intervención quirúrgica que presente exámenes que acrediten su buen estado de salud. En las obligaciones de resultado encontramos que el médico tiene una tarea que regularmente controla con ayuda de su equipo de trabajo y que está frente a un ser humano sano, que busca mejorar su físico a través de una operación electiva o resolver un problema que a él le incomoda, podemos considerar obligaciones de resultado las siguientes:

La operación de cirugía estética de la nariz o rinoplastia es una clara obligación de resultados porque si la nariz queda caída o torcida corresponde al médico demostrar que hizo su trabajo correctamente en base a la responsabilidad objetiva y acreditar

que el resultado no se logró por culpa del paciente o que medie otra eximente de responsabilidad. En la obligaciones de resultado se dice que estamos frente a un contrato de obra y se invierte la carga de la prueba que recae en el médico quien debe demostrar que el resultado no se logró porque medió una eximente de responsabilidad como caso fortuito a fuerza mayor o que el paciente no actuó con responsabilidad y desatendió las indicaciones de su médico.

En las obligaciones de resultado el paciente espera que el médico cumpla con su obligación porque de no mediar esta promesa no se hubiera sometido a la operación, tratamiento o procedimiento. Por ejemplo, en las intervenciones de cirugía estética embellecedora queda claro que la obligación es de resultado, toda vez que es una operación electiva, por lo general costosa, que exige que la persona esté completamente sana y para confirmarlo el médico le ordena una serie de exámenes entre los que podemos mencionar, sin excluir otros: tiempo de protombina para verificar la coagulación de la sangre; placa de los pulmones; hemograma completo; electrocardiograma; prueba de HIV, etc., antes de proceder con la intervención técnica o tratamiento requerido. Dice Guzman Mora, acerca de las obligaciones de resultado:

"...En las obligaciones de resultado la responsabilidad del deudor queda comprometida desde que aquél no se obtiene, mientras que en las de medio la sola falta del resultado querido no basta, pues se requiere, además, una conducta culpable o dolosa del deudor. Esto acarrea una gran facilidad probatoria en el primer caso, ya que para comprometer la responsabilidad del deudor bastará demostrar el contrato y no haberse obtenido el resultado prometido, arrojando sobre la parte contraria toda prueba eximente, y una mayor dificultad en el segundo, pues para comprometer la responsabilidad del obligado habrá que demostrar su culpa o dolo."⁴²

⁴² GUZMAN MORA, F. ob. cit. pág. 113 .

4. Carga de la Prueba en obligaciones de medios y de resultado.

4.1. Carga de la Prueba en Obligaciones de Medios .

Encontramos que en la doctrina se distingue la carga de la prueba atribuible a las obligaciones de medios calificándola como de responsabilidad subjetiva y dice que ésta corresponde al paciente, sus familiares, representantes o allegados, porque el médico sólo tiene una obligación de diligencia y cuidado.

Sobre este tema dice el Dr. Vázquez Ferreyra:

"Insistimos entonces en que la verdadera importancia de la clasificación ya no pasa por un problema de la carga probatoria sino que en las obligaciones de medios el factor de atribución es subjetivo, mientras que en las de resultado, el factor de atribución es objetivo. A la luz de lo expuesto, y en materia probatoria, el pensamiento de Demogue es útil sólo en las obligaciones de resultado donde probado el incumplimiento, el deudor debe probar el caso fortuito. Pero respecto de las obligaciones de medios, tiene un alcance limitado, ya que ahora se ha advertido que hay casos en que el actor tendrá que probar la culpa - como suponía Derogue - y otros en que la culpa se presume iuris tantum y tocará al deudor la prueba de la no culpa - al margen de la posibilidad también de evidenciar un caso -. En suma: la prueba de la culpa al actor sólo será exigida cuando la ley, expresa o implícitamente, no disponga lo contrario.⁴³

Para terminar, en las obligaciones de medios el médico se compromete a ejercer su arte con prudencia diligencia y cuidado y frente a un reclamo la carga de la prueba le corresponde al paciente, sus familiares o representantes, quienes deben probar que el galeno actuó con culpa en cualesquiera de sus formas y al médico demostrar su diligencia, prudencia y cuidado; dicho de otra forma debe

⁴³ VÁZQUEZ FERREYRA, R. 1993 Daños y Perjuicios en el Ejercicio de la Medicina. Biblioteca Jurídica Diké, 1ª edición colombiana, Medellín, pág. 172

probar que en su actuar no medió culpa en ninguna de sus manifestaciones.

4.2. Carga de La Prueba en Obligaciones de Resultado.

En cuanto a las obligaciones de resultados la responsabilidad es objetiva y la carga de la prueba recaerá sobre el médico que no cumplió, por lo menos en apariencia, con la tarea a que se obligó y le corresponderá a él demostrar que actuó correctamente y que el resultado esperado no se dió por causas ajenas a su voluntad como es la fuerza mayor, caso fortuito o por culpa del paciente que no cumplió con las indicaciones prescritas por su médico.

En las obligaciones de resultado no basta que el médico argumente que actuó con diligencia, prudencia y pericia, es decir probar su ausencia de culpa; en este tipo de responsabilidad deberá demostrar la ocurrencia de un hecho que, fuera de su voluntad, impidió que la obligación adquirida se cumpliera a cabalidad, porque con fundamento en la responsabilidad objetiva él debe responder por el daño causado.

Otro caso típico de obligaciones de resultado lo tenemos en la prestación de servicios profesionales en casos de cirugía plástica la cual puede ser de naturaleza reconstructiva o reparadora, estética o embellecedora. En la primera buscamos mejorar una parte de nuestro cuerpo afectada desde el nacimiento o a consecuencia de algún tipo de accidente o como secuela de una enfermedad y en la segunda la persona busca embellecer una parte de su cuerpo que se encuentra funcionando bien, pero que desea mejorar. En este tipo de intervención el cirujano plástico, previamente, se

cerciora que la persona está completamente sana, porque de no ser así no se procede con la intervención o técnica planeada. Recordemos que en las obligaciones de medios el médico actúa para curar a una persona enferma, pero en cirugía plástica como obligación de resultado el médico actúa frente a una persona sana, a quién no le urge la atención médica porque no está enferma, de allí que la responsabilidad de éstos cirujanos se exija con rigor y, además, se les pide que instruyan al paciente de las posibilidades reales que se pueden obtener de la intervención, los riesgos a que se someten con la misma y otros riegos y secuelas que este tipo de intervenciones trae consigo como son las cicatrices queloides o atrofiadas; el cambio en la expresión de ojos, boca, etc.

5. Diferencias entre obligaciones de medios y de resultado.

Como resultado de esta investigación y contrario al criterio de muchos tratadistas, estamos en capacidad de emitir nuestro propio criterio en torno a las obligaciones de medios y de resultado.

- a) En las obligaciones de medios no se asegura el resultado sólo se garantiza una adecuada atención médica que alivie la dolencia, mitigue el dolor físico e inclusive moral y de ser posible cure la enfermedad. En las obligaciones de resultado se garantiza el éxito de la reparación o mejoramiento de aquella parte del cuerpo que no satisface nuestras expectativas o la certeza del examen técnico o tratamiento requerido.
- b) En las obligaciones de medios la responsabilidad es subjetiva y le corresponde probar

al paciente, familiares, representantes o allegados que el médico actuó con culpa en cualesquiera de sus modalidades: negligencia, impericia, imprudencia o violación de la lex artis o reglamentos y al médico le corresponde demostrar su no culpa a través de la prueba que demuestre que actuó con diligencia y cuidado. En las obligaciones de resultado la culpa será objetiva y el médico deberá probar que el resultado prometido no se logró por error, caso fortuito, fuerza mayor y demostrar que en la intervención y en el cuidado postoperatorio actuó con prudencia, diligencia, cuidado y que no violó la lex artis, además, deberá probar que el paciente no observó los cuidados debidos e indicados para asegurar el éxito de la intervención.

6. Modalidades de la prueba en la culpa médica.

6.1. Teoría de la presunción.

Afirma esta teoría que el médico tratante es responsable de los daños que sufra su paciente como consecuencia de los servicios médicos que le ha dispensado. La hipótesis anterior produce varios interrogantes respecto a los casos donde interviene más de un médico y donde cada uno atendió la parte de la crisis que estaba dentro de su especialidad; luego entonces, lo correcto para atribuir responsabilidad, es determinar el tipo de daño producido para así poder establecer el vínculo con la especialidad del médico que lo produjo, porque no se puede establecer un nexo de causalidad entre un daño que no guarda relación con la especialidad o con el tipo de tratamiento dispensado por el médico. Por ejemplo, un paciente, posterior a una

intervención quirúrgica de un brazo por rotura de hueso, muestra irritación en ese mismo brazo y acude al dermatólogo para que le examine la irritación éste le receta una crema de uso local, posteriormente el brazo presenta signos de gangrena y el cirujano decide amputárselo. En este caso no se puede vincular al dermatólogo con la gangrena porque su atención médica no guarda relación con el problema principal que aquejó al paciente y por lo tanto no se le puede considerar culpable, aunque haya prestado sus servicios profesionales en este mismo caso.

En la República de Panamá, en una Personería del Ministerio Público, se presentó una denuncia por la muerte de una señora posterior a un procedimiento de cateterismo que es un examen exploratorio para detectar problemas en el sistema circulatorio. La paciente después de iniciado el procedimiento se mostró nerviosa y el cardiólogo pidió que le enviarán al médico anestesiólogo en turno para que le suministrara un calmante. El anestesiólogo cuando ingresa al área de examen encuentra a la paciente despierta y orientada en cuanto al tiempo y el lugar y decide suministrarle, por vía oral, 0.25 de una pastilla llamada Dormicon, que es un sedante muy leve y que en esa cantidad equivale a 0.25 de lo que conocemos como Valium. La paciente ingiere el cuarto (0.25) de Dormicon por sus propios medios y se tranquiliza; a juicio del anestesiólogo el medicamento no fue tan eficaz como el efecto psicológico que produjo su presencia ante la paciente; quien respondió el cuestionario de rigor sin problema. Concluido el examen el anestesiólogo conversó con ella y se mostró igualmente despierta y orientada, hecho consignado por el anestesiólogo en el informe clínico. Terminado el procedimiento el cardiólogo ordena el traslado de la paciente a su cuarto

de hospital, al cabo de tres horas fallece.

Como consecuencia del desenlace fatal de este caso el cardiólogo y el anestesiólogo son denunciados y procesados por homicidio culposo, el cual terminó con sobreseimiento definitivo e impersonal para ambos. La apoderada judicial del anestesiólogo fundamentó su defensa en que no hubo nexo de causalidad entre el cuarto (0.25) del sedante Dormicon suministrado y la causa de muerte, cuyo diagnóstico fue muerte súbita a consecuencia del desprendimiento de una placa de grasa proveniente de las paredes de las venas tratadas con el catéter; cabe decir que esta consecuencia está contemplada dentro del porcentaje de riesgo que presenta este examen.

Cuando ocurre la inversión de la carga de la prueba y ésta queda en manos del médico tal inversión de la prueba no exonera de toda prueba al paciente, sus familiares o allegados, porque éstos deberán probar por lo menos el daño causado y el nexo de causalidad con el médico indicado. Los críticos de esta teoría dicen que la misma impide el desarrollo de las ciencias médicas y las posibilidades de investigación porque los médicos actúan con excesiva precaución, evitando los trabajos de investigación por temor a involucrarse en un problema legal por mala práctica médica.

6.2. Teoría de las cargas probatorias dinámicas.

El contenido de la teoría dinámica de las pruebas, en nuestro criterio, se encuentra

recogido en el primer párrafo del artículo 773 del C.J., cuando señala:

"Incumbe a las partes probar los hechos o datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas que le son favorables".

En este artículo no se indica a cuál de las partes le corresponde aportar la prueba, quedando ésta en manos de aquella que se encuentre en mejores condiciones de suministrarla, sin limitar a la otra de aportar aquella que refuerce el supuesto de hecho que le es favorable. Esta actividad dinámica permite llevar al conocimiento del juzgador un mayor caudal probatorio que le facilita y aumenta las posibilidades de encontrar la verdad de los hechos afirmados por una parte y negados por la otra. Esta moderna teoría esta en contraposición con el concepto tradicional de la carga estática de la prueba donde la parte que tenía la obligación de probar debía hacerlo y no se permitía que la otra supliera la prueba.

Actualmente, demandante y demandado aportan toda aquella prueba que consideren pertinente para demostrar los datos o hechos que le son favorables saltando, de esta manera, la barrera de las obligaciones de las partes dentro del procedimiento e invirtiendo estas cargas en la búsqueda de la verdad. Sobre este tema dice el Dr. Vázquez Ferreyra:

"Ahora puede decirse que la carga probatoria es compartida, no bastando una actitud meramente pasiva del profesional demandado. Este ya no se puede quedar cruzado de brazos pues eso lo llevaría a un resultado seguramente negativo. Ahora el profesional también debe aportar toda su prueba para demostrar que obró con diligencia, prudencia y pleno conocimiento de las cosas; en una palabra, que obró sin culpa. Esta nueva distribución de la carga de probar que tiene en cuenta quien está en mejores condiciones de probar un hecho, se enrola en el nuevo derecho procesal que exige una mayor participación de todos los que intervienen en una contienda judicial. Sirve para aliviar a los pacientes-víctimas de su difícil carga de la prueba de la culpa que antes le venía impuesta de manera exclusiva."

⁴⁴ VÁZQUEZ FERREYRA, R. 1995. ob. cit. pág. 149

Los estudiosos de la teoría de las cargas dinámicas dicen que no se puede pensar que se ha invertido de forma general el "**onus Probandi**" que la obligación de probar sigue en manos del actor y del demandado, cada uno en su oportunidad, que lo que busca esta modalidad es una regla de cooperación entre las partes en el camino de la búsqueda de la verdad. De esta forma el paciente víctima del daño debe probar el actuar culposo del médico y el médico demandado debe aportar la prueba encaminada a demostrar que actuó con diligencia y cuidado. De la lectura podemos observar que la relación tradicional demandante-demandado se mantiene, pero dentro de una relación de cooperación en la aportación de las pruebas.

Según el Dr **Vázquez Ferreyra** en Italia la prueba de la culpa del médico se ha invertido en la persona del facultativo por las razones de conveniencia que ya hemos señalado, al respecto dice textualmente:

"Esta construcción responde a la tesis de que lo evidente no necesita prueba; es decir, que los hechos deben suponerse conforme a lo normal y regular en la ocurrencia de las cosas. Así quien alega lo normal, es relevado de prueba, siendo su contrincante quien debe probar lo contrario, lo anormal. Es que el conocimiento de los hechos normales no debería ser objeto de prueba pues ese conocimiento forma parte del saber del juez y de los litigantes."⁴³

6.3. Teoría de la prueba de la culpa virtual.

Esta teoría es de origen francés y es una modalidad atenuada de la teoría de la presunción de la culpa del médico. En esta versión no se presume prima facie que el

⁴³ VÁZQUEZ FERREYRA, R. 1995. ob cit. pág. 109

médico ha incurrido en culpa y que el daño se produjo a consecuencia de su actividad, porque en ésta se exige que el actor presente junto con la demanda pruebas que vinculen al médico con el daño causado, correspondiéndole al actor inicialmente aportar las pruebas de cargo. Esta forma de probar la culpa es otra de las excepciones a la regla general de la "culpa probada", dicho de otra manera, como la culpa no se presume prima facie corresponde al actor aportar la prueba que establezca el nexo de causalidad entre el resultado dañoso y la prestación del servicio por parte del médico.

En la teoría de la culpa virtual el actor no tiene que acreditar al momento de presentar la demanda el daño ocasionado, le basta con demostrar a través de indicios que este sucedió. Por ejemplo, supongamos que un enfermo entra al quirófano para una operación de vesícula y fallece dentro del área del quirófano por fractura de cráneo. El fallecido no puede hablar para decir lo que pasó dentro del salón de operaciones, pero todo hace presumir que se cayó de la mesa de operaciones y se golpeó. Con esta teoría bastaría llevarle al Juez indicios del nexo de causalidad entre el enfermo y el equipo de profesionales que lo atendió dentro del salón de operaciones para que se inicie un proceso. Tratándose de salas de urgencia, donde varios médicos prestan sus servicios a un mismo tiempo resulta difícil ubicar al médico que produjo el daño al paciente; lo apropiado en estos casos es establecer el nexo de causalidad entre el enfermo y el equipo de médicos que laboraba en el cuarto de urgencias para iniciar el proceso y deslindar responsabilidad por el hecho imputado.

6.4. La prueba "Diabólica".

A través de toda esta investigación hemos reiterado lo difícil que resulta encontrar la prueba idónea para vincular al médico con el hecho culposos que produjo el daño a la víctima-paciente, por esta razón la doctrina la ha denominado como **"la prueba diabólica"**. Esta dificultad radica en la complejidad del conocimiento técnico-científico que domina la actividad profesional de los médicos el cual se encuentra inmerso en una gama de tecnicismos que resultan una verdadera barrera para los legos en esta materia; por este motivo el Juez debe auxiliarse con un perito en esta disciplina para poder incursionar en ese complejo mundo de la medicina.

Estos expertos, por lo general, son médicos, personal paramédico o científicos que realizan el examen pericial y emiten el dictamen libre de todo vicio que pueda comprometer el informe de que se auxilia el juzgador. Es importante mencionar que los médicos en ejercicio que actúan como peritos, en la mayoría de los casos, son relegados por sus colegas de gremio porque los consideran traidores y enemigos de la profesión, a pesar de que éstos sólo expresan una opinión técnica sobre un problema planteado. Otro problema que confronta al paciente y sus familiares es el poco tiempo que dedica el médico para atender físicamente al enfermo y en esos pocos minutos no brinda la información requerida para conocer sobre el estado de salud del enfermo y el tratamiento que recomienda, quedando el enfermo en manos del profesional quien guarda toda información como un preciado secreto, lo que hace que la consecución de la prueba se torne casi imposible y **"diabólica"** porque es, precisamente, el médico

quien debe aportar la prueba de su propia culpa.

Sobre este tema dice el Dr. Roberto Vázquez Ferreyra:

"En consecuencia se da así una típica relación de experto frente a profano, en la cual la balanza de la Justicia debe favorecer al último por la situación de debilidad de conocimientos en la que se encuentra. Otro de los problemas a los que se enfrentan los reclamantes es que la mayoría de las pruebas estén en manos del profesional y es éste quien las ha confeccionado. Así por ejemplo historias clínicas, estudios bio-químico, radiológicos, neurológicos, análisis, etcétera."⁴⁶

Para que exista responsabilidad civil que posibilite el resarcimiento por daño material y moral causado, debe quedar probada la culpa del médico en cualesquiera de sus formas sea por impericia; negligencia; imprudencia y violación de reglamentos o lex artis.

Todo lo que hemos visto acerca de la consecución de la prueba de la culpa del médico se agrava cuando se trata de lograr la prueba por mala práctica dentro del área de un quirófano. Por ejemplo, un paciente ingresa a la sala de operaciones para una operación electiva que no pone en riesgo su vida y fallece en la mesa de operaciones. La prueba de todo lo que sucedió en el quirófano se encuentra en manos del equipo de trabajo compuesto por médicos y personal paramédico, los mismos que serán investigados para determinar su grado de culpa frente al desenlace fatal. En este caso el juzgador debe auxiliarse de cualquier medio de prueba que le permita adentrarse en la verdad de los hechos especialmente de la pericial la cual permite que expertos le ilustren acerca de los hechos o situaciones que escapan a su conocimiento.

También, utilizan la figura de la culpa presunta cuando no existe explicación lógica

⁴⁶ VÁZQUEZ FERREYRA, R. 1995. ob. cit. pág. 104 y 105.

posible de los daños causados al paciente al cuidado de su médico. Ejemplo, lo tendríamos cuando el médico realiza un legrado (curetaje) y corta con la cureta el útero, no es discutible la mano de la persona produjo el daño, porque sólo el médico tuvo acceso al canal vaginal de la mujer, aquí la culpa del médico se presume y si la paciente sobrevive se constituye en la prueba de la culpa del médico, porque es obvio el nexo de causalidad entre el daño, la víctima y el médico.

Cuando a primera vista todo hace suponer que el médico no actuó en atención a estos principios le corresponderá a él demostrar la ausencia de culpa, frente a la prueba “prima facie” aportada por el paciente. En los países del “Common Law” Inglaterra y Estados Unidos de Norteamérica, se utiliza la frase latina “res ipsa loquitur” donde los hechos hablan por si mismos, cabe decir que si una persona debía ser amputada de la pierna izquierda y se le amputa la derecha, este hecho por si sólo habla de la culpa del médico, igual sucede cuando el paciente le informa a su médico que es alérgico a la penicilina y éste olvida anotarlo en la hoja clínica y se le suministra ésta con un reacción que le causa la muerte.

En la teoría de la prueba de la culpa presunta si el paciente presenta molestias postoperatorias y éstas se originan por haber dejado material extraño dentro del cuerpo se dice, a “prima facie”, que la causa de las molestias es la culpa del cirujano que no realizó la intervención quirúrgica con diligencia y cuidado, provocando el consabido síndrome de rechazo. La suma del daño, el nexo causal con un sólo médico tratante y las circunstancias de modo, tiempo y lugar llevan a suponer la culpa del médico.

En seguimiento a la tesis de que los hechos hablan por si mismo (*Res Ipsa Loquitur*), podemos mencionar algunas circunstancias que deben estar presentes para que se promueva un proceso por mala práctica:

- a. El hecho debe ser de tal naturaleza que el daño ocasionado a la víctima sólo pudo ocurrir por negligencia o impericia o imprudencia de su médico o violación de la *lex artis*.
- b. El nexo causal entre la víctima y el daño sólo se puede ubicar como consecuencia directa de la intervención del médico, su personal, equipo o instrumento bajo su exclusivo control.
- c. El hecho no puede haber sucedido por acción directa, voluntaria y negligente del demandante, porque tal conducta sería considerada como eximente de responsabilidad.

En el primero de los supuestos el nexo de causalidad se establece frente al error grosero y obvio del médico no atribuible a otras causas; por ejemplo, el médico que extirpa el ovario derecho que está sano, en lugar del izquierdo que tiene un quiste y que era el motivo de la intervención.

Este ejemplo lo podemos utilizar para sustentar el segundo supuesto en el sentido de que la operación debió efectuarse por el médico y el instrumental utilizado por su propio personal. En el último de los supuestos el médico debe haber actuado de forma directa en la comisión del hecho, porque si se prueba que el paciente no siguió las instrucciones de su médico, se le exonera a éste de responsabilidad. En nuestro medio se promovió un proceso por mala práctica, a consecuencia de una operación estética

de la nariz que hubo que reparar porque la misma quedó torcida por falla en el soporte del tabique. En este caso el juzgador confirmó que la paciente se había extraído los tapones que sostenían el tabique y dictaminó que el acto de la paciente produjo el daño y no la operación que realizó el cirujano plástico.

Para atemperar el rigor de la prueba diabólica o de la culpa del médico podemos auxiliarnos con los principios generales del derecho probatorio, así tenemos:

- a) El médico debe responder aún por la más leve de las culpas porque la vida del hombre es el bien máspreciado que existe y sobre él no se deben ni pueden cometer errores.
- b) En materia de aportación de pruebas se debe dar libertad a las partes para que suministren las pruebas que necesiten para probar las afirmaciones que hacen o el derecho que les favorece, tal cual lo defiende la teoría de la carga de la prueba dinámica en oposición a la estática e inamovible conocida hasta principios de siglo.

Esta libertad de aportar pruebas llega hasta el Tribunal porque éste debe tener la oportunidad de practicar de oficio toda aquella prueba que considere pertinente a la búsqueda de la verdad de un hecho invocado por la parte y rebatido por la otra. Las legislaciones más modernas entre éstas se cuenta la panameña, han superado la posición del Juez espectador que sólo administraba las pruebas que presentaban las partes, hoy día el Juez participa de la actividad probatoria a través de las pruebas de oficio que le permiten la designación de peritos para ilustrarse sobre temas que escapan a su conocimiento y que le permiten evaluar el material probatorio. También se ha superado el rigor en la presentación del libelo de la demanda y hoy día los

Tribunales no exigen que el demandante enuncie correctamente su petición, porque están conscientes de su falta de conocimientos científicos; en estos casos el juzgador se auxilia del material probatorio del cual irá surgiendo la imputación exacta objeto de la investigación y en el caso de la culpa orientaría en cuál de las formas ésta se ha dado y si existen o no eximentes de responsabilidad.

Otro de los problemas que se confrontan al momento de establecer la culpa, en la conducta del médico, radica en ese complicado mundo de las especialidades y sub-especialidades que han hecho casi desaparecer al médico de cabecera que era un buen amigo de la familia, que dispensaba tiempo suficiente para atender al enfermo y explicar a la familia sobre su estado de salud; actualmente no se conoce al médico porque vamos referidos por otro médico o el hospital asigna un médico especialista. Esta relación médico-paciente es tan despersonalizada que a la víctima o sus familiares les puede resultar difícil reconocer físicamente al médico que están demandando, con lo cual se dificulta la consecución de las pruebas. Para aligerar la pesada carga de aportar la prueba de la culpa del médico la mayoría de las legislaciones han incorporado remedios que dinamizan esta responsabilidad y la ponen en manos de quien está en mejores condiciones de aportarlas.

6.5. Prueba de la diligencia y cuidado del Médico Tratante.

En las teorías que hemos revisado sobre falla presunta o presunción de culpa y culpa virtual, que recoge la doctrina, encontramos que tales presunciones de culpa se

derrumban frente a la prueba que aporta el médico de su actuar diligente y cuidadoso. Ahora bien, el tema de la prueba de la culpa del médico no es ilógico ni absurdo y el mismo se debe dar dentro de un orden de causa y efecto o de nexo causal del daño inferido con la actuación del médico tratante. Por ejemplo, no tendríamos argumentos para demandar a un cardiólogo que opera un corazón muy enfermo donde al paciente y a sus familiares se les explicó los riesgos de la intervención y aceptaron resignados las pocas posibilidades de éxito. En este caso si el paciente fallece no se le puede imputar culpa al cirujano que actuó con diligencia y cuidado en una operación difícil que no auguraba mucho éxito; situación diferente se da cuando una mujer sana ingresa para una cesárea programada y muere desangrada o por una grave infección porque su médico fue negligente y permitió que un médico novato la operara, aunque esta intervención se realizara en su presencia.

Para demostrar que el médico actuó con diligencia y cuidado, aparte de decir que se tenía un gran equipo de trabajo y que la sala de operaciones era excelente al igual que el servicio de hotelería del hospital, se debe demostrar que el daño específico que produjo la muerte o la lesión no fue ocasionado por negligencia, porque lo sucedido estaba dentro de los pronósticos de riesgo de la intervención; obviamente, si no se trata de una negligencia grosera que salte a la vista sin mayor esfuerzo. Para concluir la doctrina ha sido uniforme y reiterada al afirmar que el médico por el hecho de trabajar sobre el bien más preciado que es la vida debe responder sea por culpa grave, leve o levisima, alejándonos de la tesis antigua de que el médico sólo respondía de los errores graves, obvios y groseros.

6.6. Imposibilidad de lograr la prueba en casos especiales.

El médico para desvirtuar la culpa imputada debe probar que prestó el servicio con diligencia y cuidado; tarea que no es fácil llevar a cabo porque en muchas ocasiones él se encuentra a solas con el paciente mientras realiza el procedimiento y no puede aportar una prueba testimonial o documental que lo apoye. También es posible que el hecho desafortunado ocurra aunque se haya usado diligencia y cuidado, la incógnita a despejar es cómo saber si en ese momento se usó; por ejemplo en ocasiones ubicar una vena es tarea fácil, pero en ocasiones se hacen varias punzadas y no se encuentra una vena que nos permita realizar el procedimiento que requiere el paciente y debemos insistir hasta encontrarla, lo que puede causar edema y roturas de vasos circundantes.

Este mismo procedimiento, se puede realizar sin que medie diligencia y cuidado y produce el mismo efecto; luego entonces cómo saber si se actuó con diligencia en un momento y en el otro caso no se actuó correctamente. Como hemos podido observar el tipo de servicio que presta el médico es personalísimo y confidencial lo que hace difícil la consecución de la prueba de la no culpa que confirme que el médico actuó con diligencia y cuidado; por esta razón nos inclinamos por la teoría de la culpa probada en oposición a la culpa presunta, cabe decir que la culpa no se presume y corresponde al paciente o sus familiares demostrar que el médico actuó culposamente.

6.7. La prueba de la culpa en la Responsabilidad Civil Contractual.

Panamá no tiene una legislación especializada en materia de contratos por prestación de servicios médicos, por lo que debemos acudir a las normas generales sobre contratación que dicen **"las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos"**, artículo 976 C.C. Algunos tratadistas dicen que la relación médico paciente se da dentro de un contrato de mandato, que por lo menos, en nuestra legislación, no sería posible toda vez que este es un contrato que regula otro tipo de relaciones jurídicas e inclusive dice que **"a falta de pacto en contrario el mandato se presume gratuito"**, artículo 1402 del C.C. En materia de prestación de servicios médico-paciente una de las obligaciones o deberes que tiene el paciente es pagar los honorarios, de manera que no podemos utilizar esta figura del mandato en la realidad panameña.

La doctrina dice que el incumplimiento de los términos del contrato se presume, por lo tanto, el médico debe probar que obró correctamente, que cumplió los términos pactados y que no medió ninguna de las formas de culpa, porque es él quien tiene los mecanismos para probar que cumplió las condiciones del contrato y a quien afecta, de manera directa, el señalamiento por incumplimiento.

6.8. La prueba de la culpa en la Responsabilidad Civil Extracontractual.

La responsabilidad extracontractual es aquella que se genera fuera de una relación

contractual y tiene su fuerza o asidero en la ley. Como ya explicamos la responsabilidad extracontractual, culposa o aquiliana tiene su fuerza en la ley y se hace valer frente a la comisión de un hecho que se produce. En este tipo de relación no se puede hablar de violación de normas pactadas como sucede en la relación contractual, donde la prueba corresponde al médico-deudor frente al paciente-acreedor. En la responsabilidad extracontractual el paciente-víctima debe probar que la conducta del médico es culposa en cualesquiera de sus modalidades, estableciendo el nexo causal de éste con la conducta omisiva en cuanto a la diligencia y cuidado que le exigía la naturaleza de la prestación.

Para determinar si la conducta es culposa, debemos considerar los siguientes elementos:

- a. Establecer la naturaleza de la obligación prestada.
- b. Determinar el tipo de individuo que recibió el servicio.
- c. Circunstancias de modo, tiempo y lugar que estaban presentes en el momento que se requería el servicio; porque no es lo mismo atender una urgencia médica en un área rural donde no se tienen los avances tecnológicos, que en las áreas urbanas donde se supone que se tiene un buen equipo y mayores conocimientos

El C.J. panameño, en su Libro II, título VII, artículo 773, dice que **"incumbe a las partes probar los hechos o datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas que le son favorables.."**, esta posición no choca con la prueba de la culpa dentro de en una relación contractual o extracontractual, por el contrario las armoniza al permitir que cada parte pruebe los supuestos de hecho que le son favorables a través

de los medios pertinentes..

El Dr. **Jorge Fábrega Ponce**, en marzo de 1995, en ocasión del **"Primer Seminario sobre Responsabilidad Médica"**, celebrado en la ciudad de Panamá, dijo no estar de acuerdo con la inversión arbitraria de la carga de la prueba, que si una parte argumentaba que se le había prestado un servicio de manera inadecuada o que no se había realizado correctamente una prestación, a esa parte le correspondía probar el hecho que le afectaba, con la cual se produce una liberación de la carga probatoria.

Esta afirmación es acorde con la doctrina italiana citada por el Dr. **Roberto Vázquez Ferreyra**, cuando dice:

"Esta construcción responde a la tesis de que la evidente no necesita prueba; es decir que los hechos deben suponerse conforme a la normal y regular en la ocurrencia de las cosas. Así, quien alega lo normal es relevado de prueba, siendo su contrincante quien debe probar lo contrario. lo anormal."⁴⁵

Con respeto disintimos de este autorizado toda vez que la tarea de determinar si medió culpa en cualesquiera de sus formas, dentro o fuera de un contrato, resulta tarea muy difícil en razón de lo especializado de la materia y las dificultades que acarrea para el perjudicado poder traspasar la barrera de lo que se ha llamado **"la conspiración del silencio"**, porque los profesionales más autorizados para realizar las pericias en un reclamo son los propios médicos y éstos prefieren no involucrarse en la aportación de una prueba en contra de sus colegas. Por otro lado el paciente no siempre esta consciente para narrar, como sucedieron los hechos e inclusive en ocasiones se trata de un fallecido, por lo que conseguir esta prueba es una hazaña; esto

⁴⁵ VÁZQUEZ FERREYRA, R. 1993. pág. 200

sin dejar de considerar que la mayoría de las veces la prueba que se requiere está en las propias manos del profesional tratante, como es la historia clínica, los estudios de las áreas comprometidas por la enfermedad y también los exámenes de laboratorio. Por lo expuesto consideramos que la carga de la prueba debe liberarse y se debe permitir que cada parte aporte cuanta prueba considere necesaria para probar los supuestos de hecho de las normas que le son favorables; tal cual lo recoge el artículo 773 del Libro II del C.J. y la doctrina más actualizada que dice que ambas partes deben colaborar en el proceso judicial aportando las pruebas que ilustren el criterio del Juez y le permitan emitir un fallo justo.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

1. La relación médico-paciente puede ser de tipo contractual cuando se origina dentro de un contrato o extracontractual cuando surge fuera de un acuerdo de voluntades.
2. La corriente mayoritaria de la doctrina dice que la regla general es que la relación médico-paciente se origina en un vínculo contractual y el reclamo se sustenta por violación, incumplimiento o cumplimiento imperfecto de los términos pactados. La excepción es que la relación extracontractual fuera de un acuerdo de voluntades y el reclamo se sustente en la ley.
3. El médico debe cumplir con responsabilidad sus obligaciones profesionales de acuerdo a las normas ético-médicas, sea que la prestación del servicio se brinde dentro de una relación contractual o extracontractual.
4. El contrato de prestación de servicios médicos es atípico porque en nuestra legislación no existe ley especial que lo regule y consensual porque sólo requiere para su perfeccionamiento la manifestación libre y espontánea del consentimiento, por lo que el mismo es perfectamente válido sea verbal o escrito. Sólo existe la excepción para la donación de órganos, cuya autorización debe constar por escrito tal cual lo exige la Ley 52 de 12 de diciembre de 1995 sobre transplante de órganos.
5. Nuestra legislación, en materia de contrato, solo exige que el consentimiento se exprese en forma libre y espontánea; empero, tratándose de contratos para la

prestación de servicios médicos es costumbre con fuerza de ley que en su manifestación se cumplan algunas formalidades inherentes a esta actividad, encaminadas a preservar la dignidad del ser humano. Veamos:

- a. El enfermo debe tomar sus propias decisiones manifestando libremente su consentimiento respecto a su estado de salud; sin embargo, por efectos de su enfermedad física o mental; por encontrarse en estado de inconsciencia a consecuencia de un accidente de cualquier índole; por razones de minoría de edad o estado senil, puede encontrarse imposibilitado para expresarlo, sea de manera temporal o definitiva, en estos casos corresponde esta responsabilidad a sus familiares, representantes o allegados.
- b. Cuando el paciente no pueda emitir su consentimiento, y en ausencia de sus familiares o allegados, podrá el médico tratante proceder con el tratamiento o la intervención que se requiera para salvar la vida del paciente; es importante reiterar que sólo se podrá actuar de esta forma, en casos de extrema urgencia, donde exista peligro inminente para la vida del enfermo.
- c. El consentimiento deber ser informado, esto significa que el médico debe comunicar al paciente con palabras sencillas la clase de enfermedad que padece y el tipo de tratamiento o intervención que requiere para su alivio o curación, sin causarle traumas innecesarios que puedan empeorar sus condiciones.
- d. El paciente sólo puede manifestar su consentimiento sobre bienes disponibles y no podrá autorizar que dispongan de su vida o de sus órganos mientras conserve un hálito de vida, por muy noble que sea el propósito.

- e. El médico debe pedir al paciente autorización para proceder y en defecto de éste a sus familiares, representantes o allegados, salvo que se trate de urgencia médica, porque el consentimiento del paciente no se presume, aunque se actúe en su beneficio.
- 7. El consentimiento para tratamientos o intervenciones radicales que produzcan cambios físicos o mentales de tipo permanente en la vida del paciente debe constar por escrito, con el propósito de que no queden dudas de la manifestación expresa de su autorización.
- 8. El cuerpo humano no puede estar sometido a vejámenes o experimentos y el médico que lo hace viola el juramento Hipocrático, la Declaración de Ginebra y el Código Internacional de Ética médica, por eso debe contar con el consentimiento informado de su paciente.
- 9. La regla general es que los padres decidan respecto a la salud de sus menores hijos, pero esta facultad tiene sus límites morales y no incluye aquellas decisiones que produzcan o en el futuro puedan producir cambios radicales en su imagen física, salud mental e identidad, por cuanto que el niño no es de propiedad de sus padres sino que tiene su propia autonomía y se debe esperar a que él se encuentre en capacidad de decidir lo que más le conviene o deseo. No obstante, los padres podrán tomar este tipo de decisiones si la vida del menor estuviera en inminente peligro de muerte.
- 10. En caso de menores de edad cuyos padres no autoricen un tratamiento, terapia, intervención o procedimiento y no se trate de una urgencia, el médico debe acudir ante un Juez de menores y pedir autorización para proceder; empero, tratándose de una

urgencia médica donde la vida del menor esté en inminente peligro de muerte, el médico puede proceder con la intervención y posteriormente notificar al Juez sobre esta decisión, sustentado en el principio fundamental de que ningún ser padre puede disponer de la vida de sus hijos.

11. En los contratos de servicios médicos el objeto para el médico es la prestación de sus servicios profesionales a cambio del pago de sus honorarios y para el paciente será la curación o alivio de la enfermedad que le aqueja y en contraprestación pagará los honorarios pactados a su médico.
12. El médico debe cumplir con sus deberes en tres momentos diferentes: a) Realizará la investigación clínica del paciente a través de exámenes y análisis para diagnosticar su enfermedad. b) Cumplirá y dará seguimiento al tratamiento prescrito y c) Atenderá con eficiencia a su paciente en la etapa de la convalecencia.
13. El paciente tiene deberes que cumplir frente a su médico, a saber: cooperará con el médico cumpliendo con el tratamiento indicado; informará al médico sobre los síntomas y cambios que observe durante el tratamiento antes que estos afecten su estado de salud y pagará los honorarios pactados.
14. En términos generales la culpa consiste en un error de conducta que se manifiesta como una infracción u omisión de una obligación previamente adquirida; en el área de la salud la culpa se manifiesta por la falta de diligencia y cuidado en la prestación de los servicios médicos que requiere el paciente para curar o aliviar una enfermedad.
15. Cuando el médico incurre en un conducta reprochable, en primera instancia, se piensa que ésta es de tipo culposa con fundamento en el juramento que hizo de

preservar la vida de sus semejantes; sin embargo, esta primera impresión puede cambiar si existen pruebas que demuestren que hubo intención de causar daño, en cuyo caso estaremos en presencia de una conducta dolosa donde la sanción y el reproche moral son mayores.

16. Tratándose de la culpa derivada de la actividad de los médicos algunos sectores consideran que no es importante determinar su origen contractual o extracontractual porque la culpa es una e indivisible y el médico debe ejercer su profesión con diligencia y cuidado igual que el resto de los profesionales, por lo que es dable aplicarles las normas generales sobre responsabilidad civil y exigirles la reparación del daño causado sea por acción u omisión en cualesquiera de las formas de la culpa
17. El enfermo debe seguir estrictamente las instrucciones de su médico; la inobservancia de estas indicaciones, deviene en eximente de responsabilidad para el médico.
18. No se le podrá imputar conducta culposa al médico porque el tratamiento o el medicamento no rinda el resultado esperado, debido a que éstos no surten igual efecto en todas las personas, aunque se trate de la misma enfermedad.
19. La conducta culposa en la actividad médica se puede manifestar de diferentes formas, así tenemos conductas negligentes, imperitas, imprudentes o producto de la violación de reglamentos. Estas conductas se pueden dar por separado o de forma conjunta unas con otras, porque una falta médica puede revestir, a la vez, caracteres de impericia, negligencia, imprudencia y violación de reglamentos.
20. La negligencia médica se puede dar por acción u omisión en la aplicación de los

conocimientos, procedimientos y técnicas terapéuticas conocidas por el médico y necesarias para aliviar o curar el estado de salud del paciente.

21. Impericia es la falta de capacidad, experiencia, destreza y habilidad en la prestación de los servicios médicos para realizar un determinado tratamiento o para conservar la salud, aliviar o curar la enfermedad que aqueja al enfermo.
22. Imprudencia es la conducta temeraria que se realiza sin la debida diligencia y cuidado ocasionando un daño a la vida o la integridad del paciente, cabe decir, que es una conducta contraria a la que debe observar un médico que ejerce su profesión con sensatez, moderación, cautela, discreción y cuidado.
23. La violación de reglamentos es el desconocimiento de los deberes de cuidado que ordenan los reglamentos, pautas y tratamientos a seguir según el tipo de enfermedad o de paciente de que se trate, los cuales establecen una forma de acción acorde con el ejercicio de la profesión en esta actividad.
24. El Código Penal tiene normas que se pueden aplicar para sancionar las conductas delictivas en que pueden incurrir los médicos, así tenemos: HOMICIDIO DOLOSO, artículos 131 y 132; HOMICIDIO CULPOSO, artículo 133; AYUDA AL SUICIDA, artículo 134; LESIONES CORPORALES, artículos 135,136, 137, 138 y 139; ABORTO PROVOCADO, Artículos 141, 142 y 143; ESTAFA; Artículos 190 y 191; VIOLACIÓN, ESTUPRO Y ABUSOS DESHONESTOS, artículo 216 al 220; DENUNCIA DE ENFERMEDADES, Artículo 254; RECETA DE DROGAS, artículo 259; FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS, artículo 266; DENUNCIA DE HECHOS DELICTIVOS, artículos 342 y DELITO DE FALSEDAD, artículo 355.

25. La legislación panameña en materia de pruebas, artículo 773, párrafo primero, del Código Judicial, cuando dice "Incumbe a las partes probar los hechos o datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas que les son favorables", recoge el espíritu de la moderna teoría conocida como carga dinámica de las pruebas que dice que ésta no es una responsabilidad estática que tiene el demandante o demandado, sino que se mueve hacia la parte que puede o tiene mejores posibilidades de aportar la prueba
26. Las facultades de decretar pruebas de oficio, que ordena el artículo 782 del Código Judicial no representan un poder omnímodo para que el juzgador ordene, en cualquier momento y hasta que se necesiten en el proceso, toda aquella prueba que se le ocurra atribuyéndose facultades ilimitados en razón del carácter dispositivo de nuestro proceso civil. Por esta razón el juzgador debe ordenar las pruebas de oficio, que considere necesarias dentro del contexto del resto del material probatorio que obra en autos.
27. El proceso civil panameño es dispositivo, esto quiere decir que corresponde a las partes llevar las iniciativas del proceso; empero, en lo que respecta a pruebas podrá el juzgador decretar de oficio aquellas que le permitan lograr un conocimiento más ilustrado sobre la verdad material de los hechos, sin que por este motivo reemplace la actividad probatoria de las partes, que es la seguridad jurídica que garantiza a las partes una recta administración de justicia.
28. La sana crítica es una herramienta útil que tiene el juzgador y que le aumenta las posibilidades de conocer la verdad de los hechos al poder utilizar la lógica, el

razonamiento y la experiencia en la valoración de las pruebas, en oposición al sistema antiguo donde cada prueba tenía un valor estipulado; sin embargo, este ejercicio intelectual lo debe realizar dentro del contexto del material probatorio aportado al proceso.

29. La prueba que resulta más eficaz para deslindar responsabilidad en demandas por mala práctica médica es la pericial, porque nos permite adentrarnos en conocimientos científico que están fuera del alcance del hombre promedio; por este motivo jueces y abogados deben auxiliarse de peritos para acceder a este tipo de conocimientos altamente sofisticados.
30. La ausencia de un cuerpo de peritos profesionales escogidos por el Órgano Judicial, tal cual lo dice el artículo 958 del Código Judicial obliga al juzgador a designar como peritos a médicos en ejercicio de su profesión aportadas por la parte, que, en su mayoría, no desean aceptar este cargo y mucho menos emitir un informe en contra de un colega.

Es importante reiterar que el trabajo del médico-perito no viola la ética profesional ni el Juramento Hipocrático, porque el perito sólo cumple un encargo judicial encomendado por su capacidad, solvencia moral, conocimientos técnicos y científicos, vasta experiencia profesional en el campo en que debe realizar el examen encomendados y es tan serio este cargo que los errores del perito, también, los puede cometer el Juez.

31. El juez puede ordenar una nueva peritación si, al momento de valorar el dictamen, encuentra que éste no guarda relación con el propósito de la prueba, que el mismo

resulta insustancial dentro del contexto de la investigación o que no tiene una sólida fundamentación; en casos como estos y en otros que se nos escapa mencionar, el Juez podrá ordenar que se repita el examen y se reformule el dictamen con los mismos peritos u otros designados.

32. El médico tiene el deber de preservar la vida humana; no obstante, en la práctica, cumple esta tarea e incursiona en otros ámbitos de la medicina para desarrollar nuevas técnicas que mejoren la calidad de vida y hasta el aspecto físico de las personas, de esta manera diversifica su actividad y aumenta su nivel de responsabilidad. Cuando el médico sólo preserva, alivia o mitiga el dolor del ser humano, se dice que estamos en presencia de una obligación de medios y si por el contrario el ser humano lo que busca es un resultado más concreto, que vaya más allá de preservar su vida o mitigar su dolor y desea que el médico se lo asegure, estaremos en presencia de una obligación de resultado. Es muy importante establecer esta diferencia para analizar la carga probatoria en uno y otro caso.
33. En las obligaciones de medios el médico se compromete a ejercer su arte con prudencia diligencia y cuidado y frente a un reclamo la carga de la prueba recae sobre el paciente, sus familiares representantes o allegados, quienes deben probar que éste galeno actuó con culpa en cualesquiera de sus formas y al médico le corresponderá demostrar su diligencia, prudencia y cuidado, es decir la ausencia de culpa.
34. Una buena parte de la doctrina considera que no existen obligaciones de medios y de resultado, que sólo existe la de resultado porque el médico siempre se obliga a procurar devolver al paciente la salud que ha perdido. No compartimos esta tesis

porque creemos que cada tipo de obligación tiene sus especiales características y éstas influyen al momento de determinar la carga probatoria.

35. Las obligaciones de medios pueden estar consignadas en un contrato o ser el producto de una relación extracontractual, pero en uno u otro caso el médico sólo se compromete a actuar con diligencia, prudencia y cuidado y a usar toda su técnica y experiencia, pero no incumple con sus deberes si el paciente fallece o no mitiga su dolor a consecuencia de su enfermedad.
36. La obligación de resultado sólo se puede dar dentro de una relación contractual, en oposición a una obligación de medios que se puede dar en una relación extracontractual fortuitamente sin planeación ni acuerdo. La obligación de resultados debe darse dentro de un contrato verbal o escrito; pero en uno u otro caso el paciente pacta con su médico lo que desea y espera de él y el médico le asegura ese resultado esperado.
37. En las obligaciones de resultado el paciente se encuentra sano y expresa lúcidamente su consentimiento; en las obligaciones de medios el paciente se encuentra enfermo y no siempre se encuentra en condiciones de salud que le permitan emitir su consentimiento; en estos casos se debe acudir a los familiares, representantes o allegados para que autoricen el tratamiento o intervención requerida.
38. En las obligaciones de medios la responsabilidad del médico es subjetiva, porque él sólo se obliga a proceder con diligencia y cuidado cuando procura la mejoría o curación del enfermo, pero no se compromete a lograrlo; en estos casos la carga de la prueba corresponde al paciente, sus familiares representantes o allegados.

39. En las obligaciones de resultado la responsabilidad es objetiva y la carga de la prueba recae sobre el médico que no cumplió con la tarea a que se comprometió y le corresponderá a este médico demostrar que actuó correctamente y que la falla es imputable al paciente o que medió fuerza mayor o caso fortuito como eximentes de su responsabilidad..
40. En las obligaciones de resultado no basta al médico argumentar que actuó con diligencia, prudencia y pericia, es decir, probar su ausencia de culpa. En este tipo de responsabilidad el médico debe demostrar que medió caso fortuito, fuerza mayor o que el paciente no cumplió las indicaciones del tratamiento, consideración a la responsabilidad objetiva, que le obliga a responder por el daño causado o demostrar un hecho fuera de su control.

RECOMENDACIONES

RECOMENDACIONES

1. Nuestra legislación no cuenta con una ley especial que regule el ejercicio de la medicina y desarrolle mecanismos y técnicas de actualización de conocimientos científicos inmersos en esta actividad y permita, asimismo, que médicos y pacientes conozcan, de antemano, sus mutuos derechos y obligaciones y no se continúe improvisando en un tema tan sensitivo como es la preservación de la vida del ser humano.

Por todos estos motivos y por muchos otros que se me escapan, debemos concientizar a los sectores involucrados dentro de esta actividad y promover la elaboración de un anteproyecto de ley que se presente en la comisión respectiva de la Asamblea Legislativa a fin de que se convierta en ley de la República y resuelva los interrogantes y problemas que se dan en el campo de la actividad profesional de los médicos.

Esta recomendación se fundamenta en el hecho cierto de que nuestra legislación no cuenta con una ley especial que regule la profesión de los médicos y establezca el procedimiento que podemos utilizar en demandas por mala práctica médica, y por esta laguna legal debemos acudir, en materia civil, a las normas generales que sobre contratación contiene el Código Civil y al Libro II del Código Judicial; y, en materia penal debemos acudir a las normas del Código Penal y al Libro III de procedimiento penal. La aplicación de estas normas resuelve el problema presente

que se da en la relación m, médico-paciente, pero no promueve el desarrollo de un derecho preventivo con miras a evitar las situaciones de hecho que todos los días se suscitan en este campo.

2. Como resultado de esta investigación estamos en condiciones de afirmar que la prueba idónea para utilizar en procesos por mala práctica médica tendiente a deslindar la existencia de responsabilidad es la pericial; esto es así por el tipo de conocimiento científico que se requiere conocer o por lo menos entender en este tipo de proceso lo podemos lograr a través de personas conocedoras de la materia que nos pueden ilustrar en ese sofisticado mundo de la medicina con sus especialidades y subespecialidades. Por este motivo instamos al Órgano Judicial para que cumpla lo estipulado en el artículo 958, en el sentido de crear el cuerpo de peritos, para suplir esta urgente necesidad, evitando de esta manera que sean las partes las que designen y paguen este servicio.

Esta práctica da asidero a la corrupción, en vista de que los honorarios del perito, el cual cumple un encargo judicial del Juez de la causa, son sufragados por la propia parte que tiene interés en que el examen que se realizará favorezca su petición. Esta conducta no dice necesariamente que los dictámenes estén viciados porque existen profesionales honorables que cumplen seriamente con su deber; sin embargo podemos contribuir a lograr una recta administración de justicia, obviando, de antemano, este tipo de situaciones.

3. Incentivar a los médicos a volver a ejercer la profesión con detalle, cortesía y mejor calidad de tiempo como lo hacía el antiguo " médico de cabecera", que era

un amigo de la familia que dispensaba tiempo y cuidado a explicar las necesidades del enfermo e informar acerca de la realidad de su enfermedad. Este cambio de actitud pueden evitar conductas imprudentes en que incurren los médicos, normalmente de buena fe, pero que los pueden a avocar a un proceso por mala práctica el cual deja una secuela imborrable en la mente y la imagen del profesional acusado.

ANEXO No. 1

**UNIVERSIDAD DE PANAMA
FACULTAD DE MEDICINA**

**CÓDIGO DE ÉTICA
DE LA
ASOCIACIÓN MEDICA NACIONAL
DE LA
REPÚBLICA DE PANAMA**

1988

ASOCIACIÓN MÉDICA NACIONAL DE LA REPÚBLICA DE PANAMA

La Asociación Médica Nacional presenta a los profesionales de la medicina panameña este documento, el CÓDIGO DE ÉTICA, elaborado a través de los años; desde la Presencia del Dr. Demetrio Dutari Estévez (1979-1980) hasta su aprobación, por el Consejo Ejecutivo Nacional, durante la Presidencia de la Dra. María Villalaz de Arias (1983-1984). Solo el esfuerzo y dedicación de la Comisión de Asuntos Legales y Gremiales presidida por el Dr. Cesar Castillo Mejía y la participación de distinguidos colegas culminan con esta Primera Edición, lograda con la colaboración de la Facultad de Medicina de la Universidad de Panamá.

DR. JOSÉ TREJOS A.
Presidente de la Asociación
Médica Nacional
1987-1988

ÍNDICE GENERAL

No. de Página

INTRODUCCIÓN.....	192
-------------------	-----

TITULO I.- DISPOSICIONES GENERALES

CAPITULO I.- Definición y ámbito de aplicación.....	193
CAPITULO II.- Declaración de Principios Generales.....	193
CAPITULO III.- Del Juramento Médico.....	195
JURAMENTO DE HIPOCRATES.....	197
ORACIÓN DE MAIMONIDES.....	198
CÓDIGO DE LONDRES.....	199
DECLARACIÓN DE GINEBRA.....	201

TITULO II.- PRACTICA PROFESIONAL

CAPITULO I.- De las Relaciones del Médico con el paciente.....	202
CAPITULO II.- De las Relaciones del Médico con sus colegas.....	203
CAPITULO III.- De las Relaciones del Médico y el Estado.....	204
CAPITULO IV.- De la prescripción médica, la Historia Clínica, el Secreto Profesional	206
CAPITULO V.- De las Relaciones del Médico con las Instituciones.....	208
ANEXO.- CÓDIGO DE ÉTICA DE LAS NACIONES UNIDAS. DE LA RELACIÓN DEL MEDICO CON LAS INSTITUCIONES CARCELARIAS.....	211

CAPITULO VI.- Publicidad y Propiedad Intelectual	212
CAPITULO VII - De los Honorarios y Remuneraciones	213

TITULO III - ÓRGANOS DE CONTROL Y RÉGIMEN DISCIPLINARIO

CAPITULO I - Los Tribunales Ético-Profesionales	217
CAPITULO II - Del Proceso Disciplinario Ético-Profesional.....	217
CONSEJOS DE ESCULAPIO	220
DECLARACIÓN DE TOKIO	223
ÉTICA CIENTÍFICA	225

INTRODUCCIÓN

La naturaleza de la profesión médica es útil que exige un gran apego a los principios éticos. Los conocimientos tan especiales que adquirimos deben ser siempre usados para el bien de nuestros pacientes. La confianza que nos otorga por aquéllos que acuden a nosotros a buscar ayuda no debe ser defraudada.

La profesión ha reconocido la importancia del comportamiento ético desde la antigüedad. El Juramento de Hipócrates así lo confirma. Aunque ha sufrido modificaciones, su vigencia a través de los siglos es prueba de la importancia que tienen en la vida de aquellos que nos dedicamos a promover y mantener la salud de nuestros semejantes.

La profesión médica debe autoregularse en estos asuntos. Si cumplimos con nuestra vocación, la sociedad nos continuará teniendo respeto y la honra que hasta ahora no ha brindado. Si fallamos, no le quedará más remedio a la sociedad que imponernos los controles que estime necesario.

La Asociación Médica Nacional de la República de Panamá ha tenido la feliz iniciativa de emitir un Código de Ética actualizado a los problemas de hoy. Los principios no han variado desde los tiempos de Hipócrates.

La presencia de un curso de Deontología Médica en nuestro curriculum es muestra de la importancia que nuestra Facultad le da a la formación ética de nuestros estudiantes.

Hemos considerado que este documento y otros deben ser del conocimiento de todos nuestros estudiantes y profesores, y por eso, lo hemos hecho imprimir.

Tengo la esperanza que cada uno lo estudie, observe estos principios e inspire a sus colegas a hacer lo mismo.

TITULO I

CAPITULO I

DEFINICIÓN Y ÁMBITOS DE APLICACIÓN

ARTÍCULO 1.- Deontología es el conjunto de deberes del médico que han de inspirar la totalidad de su conducta.

ARTÍCULO 2.- El respeto a las reglas éticas y a los principios morales que inspiran la profesión médica debe ser de primordial atención por parte de la Asociación Médica Nacional de la República de Panamá.

ARTÍCULO 3.- Las disposiciones del presente código obligan a todos los médicos inscritos en la Asociación Médica Nacional de la República de Panamá, sea cual fuere la modalidad de su especialidad.

ARTÍCULO 4.- Todo médico tiene el deber moral de intervenir activamente en las tareas de la organización médica.

Por medio de ésta, participar en la política sanitaria del país así como en la promoción de la calidad del ejercicio profesional y en la regulación del mismo.

CAPITULO II

DECLARACIÓN DE PRINCIPIOS

ARTÍCULO 5.- La siguiente declaración de principios constituye el fundamento esencial para el desarrollo de las normas sobre Ética Médica.

ARTÍCULO 6.- La profesión médica está al servicio del hombre. El ejercicio de la medicina es una misión eminentemente humanitaria. Por lo tanto, el respeto a la vida, a la integridad y de la colectividad, constituyen deberes primordiales del médico y para realizarlos, éste debe mantenerse plenamente capacitado en su formación científica y humanística.

ARTÍCULO 7.- El médico debe ser consciente de sus deberes sociales y profesionales hacia la comunidad.

Por ello la profesión médica debe aportar su colaboración a cualquier política que tenga por finalidad asegurar a la colectividad el mejor grado de salud posible, respetando las normas de deontología y los derechos del enfermo.

ARTÍCULO 8.- El médico debe cuidar con la misma conciencia y solicitud a todos sus enfermos sea cual fuera su religión, raza, nacionalidad, ideas políticas, condición social y sentimientos que le inspiren.

ARTÍCULO 9.- En la prestación de sus servicios debe prescindir de todo antagonismo con otros médicos. Los médicos mantendrán entre sí buenas relaciones y se deben la necesaria colaboración para el logro de sus elevados fines. Compartirán con sus colegas, sin ninguna reserva profesional los conocimientos científicos que posean.

También, siempre que les sea solicitado por sus pacientes, les informarán adecuadamente y según su conciencia y formación.

ARTÍCULO 10.- La relación médico-paciente es elemento primordial en la práctica médica. Para que dicha relación tenga pleno éxito, debe fundarse en un compromiso responsable, leal y auténtico, el cual impone la más estricta reserva profesional..

ARTICULO 11.- Todo médico que se encuentre en presencia de un enfermo o herido deberá prestarle su ayuda o asegurarse de que recibe los cuidados necesarios.

ARTÍCULO 12.- En caso de catástrofe, peligro público o riesgo de muerte, el médico no puede abandonar a sus enfermos, salvo que fuere obligado a ello por las autoridades calificadas, siempre que no viole su conciencia profesional o su integridad física.

ARTÍCULO 13.- El médico debe abstenerse, incluso fuera del ejercicio de su profesión, de cualquier acto que pueda afectar el honor o dignidad de la misma.

ARTÍCULO 14.- La libre elección del médico es un derecho del enfermo. La profesión médica debe facilitar el ejercicio de este derecho. En la medida de lo posible, deberá respetarse la voluntad del enfermo.

ARTÍCULO 15.- El médico prescribirá libremente la terapéutica que le dicten su ciencia y su conciencia.

ARTÍCULO 16.- El médico no podrá ejercer, en ningún caso, su profesión en entidades u organismos, donde no estén plenamente garantizados el cumplimiento de las normas deontológicas y la independencia del ejercicio médico.

ARTÍCULO 17.- El médico no podrá participar en ninguna forma de ejercicio donde el control terapéutico sea responsabilidad de personas ajenas a la profesión médica.

ARTÍCULO 18.- El médico tiene derecho a recibir remuneración por su trabajo, la cual constituye su medio normal de subsistencia, remuneración esta que fijará en base a su trabajo y de acuerdo con los dictados de su conciencia.

ARTÍCULO 19.- Los anuncios médicos deben estar orientados a informar al público y a los colegas, aspectos profesionales, evitando al máximo la comercialización.

ARTÍCULO 20.- En caso de huelga, por razones salariales o de otra índole, sean cuales fueran las circunstancias, el médico deberá cuidar y asegurar la asistencia, diagnóstico y terapéutica inaplazable a los presentes, así como la atención y cuidados a los enfermos graves.

ARTÍCULO 21.- Es contrario a la Ética Médica, que los médicos participen en la pena capital a pesar de que esto no exime al médico de certificar su muerte.

ARTÍCULO 22.- El médico no puede participar ni colaborar activa o pasivamente en casos de tortura, u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

ARTÍCULO 23.- El médico está obligado a transmitir conocimientos al tiempo que ejerce la profesión, con miras a preservar la salud de las personas y de la comunidad.

Quando sea llamado a dirigir instituciones para la enseñanza de la Medicina o a regentar Cátedras en las mismas, se someterá a las normas legales y reglamentarias, sobre la materia, así como a los dictados de la ciencia, a los principios pedagógicos y a la ética profesional.

TITULO I

CAPITULO III

DEL JURAMENTO MEDICO

ARTÍCULO 24.- Consideramos necesario que en un Código de Ética Médica, además de adoptar normas de deontología, debería incluirse documentos como él : JURAMENTO DE HIPOCRATES, LA ORACIÓN DE MAIMONIDES, EL CÓDIGO DE LONDRES y LA DECLARACIÓN DE GINEBRA, los cuales constituyen principios de carácter general que sentaron y aún siguen indicando pautas en otro tiempo y lugar, para el ejercicio de la profesión médica, dictando normas e inspirando la conducta del médico.

En lo que respecta a Ética Hipocrática, fue la que ha determinado la Deontología Médica de la Profesión desde los comienzos de la Edad Media en Occidente y en Oriente hasta nuestra época.

Un catálogo de virtudes, tal como el que Hipócrates expone, pocos médicos en la actualidad lo llegarán a encarnar, sin embargo es una valiosa herencia de nuestra historia cultural. Por ese motivo el Juramento Hipocrático no podemos, actualmente, tomarlo al pie de la letra, si no conjunto sigue siendo válido todavía como Código Moral; conociéndose que el médico se compromete con él en su INTENCIÓN, pero reconoce cuan grandes son los obstáculos para cumplir con todos los propósitos.

Más de acuerdo con los principios actuales, consideramos, y por eso su inclusión en estos prolegómenos de deontología médica, al Código de Londres y la Declaración de Ginebra.

JURAMENTO DE HIPOCRATES

1. Juro por Apolo, el médico por Esculapio y la Diosa Hygeia, y Pankeia, y todos los dioses y diosas, y los tomo por testigos, que este juramento escrito cumpliré en la medida de mi sagacidad y mis posibilidades.
2. A quien me enseñó este Arte de la Medicina consideraré como a mi propio padre, y compartiré con él mis medios de vida, y si él necesitase dinero le sufragaré a subsidio, y les enseñaré el Arte de la Medicina, si lo desean, sin cobrarle gastos, ni tomarlos por deudores. En las demostraciones, en las expresiones y en todas las enseñanzas que me enseñaron al igual que a los discípulos inscritos, conforme a los estatutos médicos y no de otra manera.
3. De los sistemas de vida, alimentación y demás me valdré solamente para beneficios de la salud de los enfermos, según mis conocimientos y juicios, y me apartaré de todo método que pueda ser dañoso o ilegal.
4. Con nadie emplearé procedimiento alguno que pueda provocar la muerte, aunque me fuera ordenado o pedido por cualquier persona que fuese.
5. No daré nunca a una mujer un medio que le haga abortar.
6. Sin mancha y puro debo permanecer en mi vida y en mi arte.
7. No debo hacer las operación “de las piedras”, sino que las dejare a los hombres ejercitados para efectuarla y que la hacen.
8. En todas las casas en que llegare debo actuar únicamente en beneficio del enfermo y no llevar a cabo nada ilegal, ni causar ningún daño y atentar contra el sexo, ni de mujeres, ni de hombres, ya sean libres o esclavos.
9. Lo que en el ejercicio de la profesión, o fuera de ella, viera y oyera acerca de la vida privada de las gentes, no hablaré, y debo considerar el secreto como sagrado.
10. Si cumpliese este Juramento y no lo quebrantase, reciba yo, en mi vida privada y en mía vida profesional, todas las consideraciones debidas y por todo el tiempo. Sino cumpliese y, por el contrario, lo quebrantase sea de otro modo.

ORACIÓN DE MAIMONIDES

Oh Dios, llena mi alma de amor por mi arte y por todas las criaturas.

Que no admita que la sed de ganancia y el afán de gloria me influencien en el ejercicio de mi arte, porque los enemigos de la verdad y del amor de los hombres podrían fácilmente hacerme abusar y apartarme de hacer bien a tus hijos.

Sostén la fuerza en mi corazón para que esté siempre pronto a servir al pobre y al rico, al amigo y al enemigo, al bueno y al malo.

Haz que no vea en el hombre más que al que sufre.

Que mi espíritu se mantenga claro en el lecho del enfermo, que no se distraiga por cualquier pensamiento extraño, para que tenga presente que todo lo que la experiencia y la ciencia me enseñaron porque grandes y sublimes son los progresos de la ciencia que tiene como finalidad conservar la salud y la vida de todas las criaturas.

Haz que mis pacientes tengan paciencia en mí y en mi arte, y que sigan mis consejos y prescripciones.

Aleja del lecho de mis pacientes a los charlatanes, al ejército de parientes que dan mil consejos y aquellos que saben siempre todo; porque es una injerencia peligrosa que, por vanidad, hace malograr las mejores intenciones y llevar muchas veces a la muerte.

Si los ignorantes me censuran y escarnecen, otórgame que el amor de mi arte, como una coraza, me torne invulnerable, para que pueda perseverar en la verdad, sin atender al prestigio, al renombre y a la edad de mis detractores.

Otórgame, Dios mío, la indulgencia y la paciencia necesaria al lado de los pacientes apasionados o groseros.

Haz que sea moderado en todo, pero insaciable en mi amor por la ciencia.

Aparta de mí la idea de que lo puedo todo.

Dame la fuerza, la voluntad y la ocasión para ampliar cada vez más mis conocimientos.

Que pueda hoy descubrir en mí saber cosas que ayer no sospechaba, porque el arte es grande, pero el espíritu del hombre puede avanzar siempre más adelante.

CÓDIGO DE LONDRES

Adoptado por la tercera asamblea general de la Asociación Médica Mundial. Londres (Octubre, 1949).

I. Deberes de los Médicos en general.

Al llevar a cabo su misión humanitaria, el médico debe mantener siempre una conducta moral ejemplar y apoyar los imperativos de su profesión hacia el individuo y la sociedad.

El médico no debe dejarse influenciar por motivos de ganancia meramente.

Las siguientes prácticas son estimadas no éticas.

- a) Cualquier medio de reclamo o publicidad excepto aquellos que expresamente autorizados por el uso y la costumbre y el código de ética medica nacional.
- b) Participar en un plan de asistencia médica en el cual el médico carezca de independencia profesional.
- c) Recibir cualquier pago en conexión con servicios, fuera del pago profesional, aunque sea con el conocimiento del paciente.

Todo procedimiento que pueda debilitar la resistencia física o mental de un ser humano, está prohibido, a menos que deba ser empleado en beneficio del interés propio del individuo.

Se aconseja al médico obrar con suma cautela al divulgar descubrimientos o técnicas nuevas de tratamiento.

El médico debe certificar o declarar únicamente lo que él ha verificado personalmente.

II.- Deberes de los médicos hacia los enfermos.

El médico debe a su paciente todos los recursos de su ciencia y toda su devoción. Cuando un examen o tratamiento sobrepase su capacidad, el médico debe llamar a otro médico calificado en la materia.

El médico debe preservar absoluto secreto en todo lo que se le haya confiado o que él sepa por medio de una confidencia.

El médico debe proporcionar el cuidado médico en caso de urgencia como un ser humanitario, a menos que esté seguro de que otros médicos pueden brindar tal

cuidado.

III.- Deberes de los médicos entre sí

El médico debe comportarse hacia sus colegas como él desearía que aquellos se comportasen con él.

El médico no debe atraerse hacia sí los pacientes de sus colegas.

El médico debe observar los principios de la “Declaración de Ginebra” aprobada por la Asociación Médica Mundial.

DECLARACIÓN DE GINEBRA

Aprobada por la Asamblea General de la Asociación Médica Mundial en Ginebra (1948) y refrendada en Sidney en 1968.

En el momento de ser admitido como miembro de la profesión médica.

PROMETO SOLEMNEMENTE consagrar mi vida al servicio de la humanidad.

OTORGAR A MIS MAESTROS los respetos, gratitud y consideraciones que merecen.

EJERCER mi profesión dignamente y a conciencia;

VELAR solícitamente, y ante todos por la salud de mi paciente;

GUARDAR y respetar los secretos a mí confiados;

MANTENER incólume, por todos los conceptos y medios a mi alcance, el honor y las nobles tradiciones de la profesión médica;

CONSIDERAR como hermanos a mis colegas;

HACER CASO OMISO de los credos políticos y religiosos, nacionalidades, razas y rangos sociales, evitando que éstos se interpongan entre mis servicios profesionales y mi paciente;

VELAR con sumo interés y respeto por la vida humana desde el momento de la concepción, y aun bajo amenaza, no emplear mis conocimientos médicos para contravenir las leyes humanas;

SOLEMNE Y ESPONTÁNEAMENTE, bajo mi palabra de honor, prometo cumplir lo antes dicho.

TITULO II
CAPITULO I
DE LAS RELACIONES DEL MEDICO CON EL PACIENTE

ARTÍCULO 25.- Inspirado el médico en el principio de su juramento al servicio de la humanidad, este se obligará moral y físicamente a preservar la vida humana desde el momento de su concepción. La función fundamental del médico es la ayuda del Hombre a recuperar su salud, a conservarla, y el médico ayuda con lo que sabe, no con lo que ignora.

ARTÍCULO 26.- Ni aún presionado por amenazas, el médico emplearía sus conocimientos para contravenir las normas humanas; no pudiendo bajo ninguna condición utilizar nada que entorpezca el funcionamiento físico o mental de sus pacientes excepto cuando tales efectos sean consecuencia del tratamiento administrado, necesario para la vida o bienestar del enfermo, teniendo en su conciencia la responsabilidad civil, penal o laboral.

ARTÍCULO 27.- El médico tiene el privilegio de servir solamente a quien desee, pero debe responder a cualquier llamada si el caso es de urgencia, o espontáneamente en caso de que el accidente ocurra en su presencia, a no ser que esté seguro de que el paciente puede ser o será atendido por otro médico.

ARTÍCULO 28.- En casos corrientes, es el paciente quien debe elegir al médico de quien deba recibir la atención profesional correspondiente, salvo el caso de cuando se trata de servicio médicos otorgados por Instituciones de Salud del Estado, en donde el beneficio social le indica al ciudadano, cuál médico le corresponde atenderlo adecuadamente.

ARTÍCULO 29.- El médico debe ser leal con sus pacientes, utilizando todos los recursos de su ciencia, considerándose como una falla moral la del médico que atiende a un enfermo sin tener los conocimientos necesarios, y que, consciente de ello, toma decisiones importantes que puedan dañarlo, sin consultar con el que más sabe, también debe el médico acceder obligatoriamente a consultas solicitadas por el enfermo, o su representante, o de un colega o cuando se trata de un padre, esposa o hijo de colega.

ARTÍCULO 30.- El médico no debe extralimitarse en cuanto a emitir diagnósticos pronósticos, al igual que el tratamiento respectivo que deba utilizar, si este no encaja en las aceptadas por instituciones Científicas y técnicas legalmente reconocidas desde todo punto de vista profesional médico.

ARTICULO 31.- Tanto en los casos de vida o muerte, el médico está en el deber de mantener información del estado de salud de su paciente, ya sea por escrito o por cualquier otro medio; de manera que tanto la Institución donde presta sus servicios, así como los familiares del enfermo, estén enterados.

ARTÍCULO 32.- En toda ocasión el médico debe preservar absoluto secreto de lo que se le haya confiado en relación a su paciente, y no revelarlo, salvo circunstancia excepcionales, tales como:

- a) Cuando se deba proteger de contagio a segundas ó terceras personas, o a la misma comunidad.
- b) Cuando existan disposiciones legales específicas referentes al caso en cuestión.
- c) La necesidad de no encubrir un crimen, delito o fraude.

ARTÍCULO 33.- El médico debe recibir remuneración por sus servicios profesionales rendidos al paciente; pero en ningún momento debe él mercantilizar su labor por imprescindible que ésta sea, que por la situación del caso amerite ser atendido.

ARTÍCULO 34.- El médico podrá rehusarse a atender una consulta que se le solicitase cuando trate:

- a) de los casos que no sean de su especialidad.
- b) casos en que el paciente reciba la atención de otro colega, si este no lo solicita.
- c) casos en que el paciente rehuse aceptar el tratamiento indicado por el facultativo.

TITULO II

CAPITULO II

DE LAS RELACIONES DEL MEDICO CON SUS COLEGAS

ARTÍCULO 35.- La confraternidad es un deber primordial sobre el que sólo tienen prioridad los intereses del enfermo. Todo médico debe considerar a sus colegas como hermanos.

ARTÍCULO 36.- Es una exigencia ética que los médicos se traten entre sí con la debida deferencia y respeto, sea cual fuere la relación jerárquica que exista entre ellos.

ARTÍCULO 37.- En presencia de pacientes o de no profesionales, los médicos deben abstenerse de criticar sobre las actividades de sus compañeros. Las diferencias de criterio, diagnósticos o terapéuticos, deben discutirse de forma particular o bien en el seno de sesiones científicas apropiadas.

PARAGRAFO: Cuando un médico visita socialmente a un enfermo bajo el cuidado de un colega o cuando visita a los familiares del mismo o trata con ellos socialmente debe mantenerse mucha reserva y cautela. No debe emitir opiniones sobre la enfermedad del paciente, ni mucho menos, decir nada que directa o indirectamente pueda menoscabar la confianza en el médico que atiende al enfermo. Si por alguna circunstancia hubiera riesgo, debe ponerse en contacto directo con él a la mayor brevedad para explicar lo ocurrido.

ARTÍCULO 38.- Los médicos están obligados a una asistencia moral recíproca y tienen el deber de defender a cualquier colega injustamente atacado.

ARTÍCULO 39.- Los disentimientos entre profesionales, en materias amparadas por este Código, no pueden dar lugar jamás a polémicas públicas.

ARTÍCULO 40.- Es un deber de buena hermandad sustituir, en la medida de lo posible, y en interés del enfermo, a un colega en situación de necesidad.

ARTÍCULO 41. Es censurable aceptar un cargo desempeñado por otro colega, que haya sido destituido sin causa justificada, salvo que se trate de un empleo de dirección o confianza. No debe el médico procurar conseguir para sí empleos o funciones que estén siendo desempeñadas por otros colegas.

ARTÍCULO 42.- Todo médico debe velar porque no sean admitidos al ejercicio de la profesión personas sin preparación académica o sin las debidas condiciones morales.

Todo médico debe denunciar sin contemplaciones ante las comisiones o tribunales médicos, cualquier miembro de la profesión.

TITULO II
CAPITULO III
DEBERES DE LOS MÉDICOS HACIA LA SOCIEDAD Y EL ESTADO

ARTÍCULO 43.- En tiempo de epidemia el médico debe continuar sus labores pero deberá tomar las medidas adecuadas para proteger su salud.

ARTÍCULO 44.- Constituye falta grave contra la ética médica, in perjuicio de las sanciones administrativas, civiles o penales a que haya lugar, la presentación de documentos alterados, o el empleo de recursos irregulares para el registro de título, o para la inscripción de médico, o para el ejercicio de la profesión.

ARTÍCULO 45.- El certificado médico es un documento de responsabilidad legal y moral para el médico. Al ser llamado para rendir declaraciones o al expedir certificados, el médico debe hacer declaraciones, sólo en base de lo que él mismo puede verificar.

ARTÍCULO 46.- Sin perjuicio de las acciones legales pertinentes, incurre en falta grave contra la ética el médico a quién se comprobare haber expedido un certificado falso.

ARTÍCULO 47.- El médico no permitirá la utilización de su nombre para encubrir a personas que ilegalmente ejerzan la profesión.

ARTÍCULO 48.- El médico se atendrá a las disposiciones legales vigentes en el país y a las recomendaciones de la Asociación Médica Mundial, en relación a los siguientes temas:

- 1.- Investigación biomédica en general.
- 2.- Investigación terapéutica en humanos; aplicación de nuevas tecnologías tanto con fines de diagnóstico, tales como biopsias cerebrales o bien con fines terapéuticos, como es el caso de algunos tipos de cirugía cardio-vascular y psico-cirugía y experimentación en psiquiatría y psicología médica y utilización de placebos.
- 3.- Trasplante de órganos; organización y funcionamiento de bancos de órganos y tejidos, producción, utilización y procesamiento de sangre, plasma y otros tejidos.
- 4.- Diagnóstico de muerte y práctica de necropsias.
- 5.- Planificación familiar.
- 6.- Aborto.
- 7.- Inseminación artificial.
- 8.- Esterilización humana y cambio de sexo.
- 9.- Los demás temas de que ocupen las disposiciones vigentes sobre la materia o las recomendaciones vigentes sobre la materia o las recomendaciones de las Asambleas de la Asociación Médica Mundial.

PARAGRAFO PRIMERO: En caso de conflictos entre los principios o recomendaciones adoptadas por la Asociación Médica Mundial, y las disposiciones legales vigentes, se aplicarán las de la legislación nacional vigente.

PARAGRAFO SEGUNDO: El médico no participará en investigación científica en contra de la voluntad de ninguna persona.

PARAGRAFO TERCERO: El médico no deberá favorecer, aceptar o participar en la práctica de la tortura o de otros procedimientos crueles, inhumanos o degradantes, cualquiera sea la ofensa atribuida a la víctima, sea ella acusada o culpable, cualesquiera sean sus motivos o creencias, y en toda situación, conflicto armado y lucha civil inclusive.

ARTÍCULO 49.- Es contrario a la ética evadir las leyes que regulan la práctica de la medicina y ayudar a otros a evadir ya sea protegiendo a personas no capacitadas en el ejercicio de la medicina o recomendando o distribuyendo artículos medicinales de composición secreta y propiedades desconocidas. Los médicos deben advertir al público de los peligros que representa el seguir tratamientos y aplicarse medicinas prescritas por personas de dudosas credenciales, afiliadas a sectas, o que pretendan poseer secretos o poderes misteriosos.

TITULO II
CAPITULO IV
DEL SECRETO PROFESIONAL, DE LA PRESCRIPCIÓN
MEDICA Y DE LA HISTORIA CLÍNICA

A.- DEL SECRETO PROFESIONAL DEL MEDICO

ARTÍCULO 50.- El secreto profesional es un deber inherente a la esencia de su status como médico y constituye una salvaguarda y un derecho de la relación médico-paciente.

ARTÍCULO 51.- Por secreto profesional del médico, se comprenderá todo aquello de lo cual el médico y su personal paramédico, se enteren durante el tratamiento y atención médica dispensada directa o indirectamente a su paciente, así como también que hayan podido ver, oír o comprender.

ARTÍCULO 52.- Siempre, manteniendo al máximo las reservas posibles podrá el médico por imperativos legales, hacer declaración del secreto profesional, sin que esto se considere como una violación de este código.

ARTÍCULO 53.- Siempre, manteniendo las normas del servicio profesional, el médico debe tomar las medidas profilácticas y epidemiológicas necesarias en el caso de enfermedades transmisibles, en aras de evitar futuros contagios.

ARTÍCULO 54.- La declaración escrita y firmada del enfermo liberándolo del secreto profesional, exime al médico, de la obligación contraída en es secreto profesional, exime al médico, de la obligación contraída en ese secreto profesional.. La muerte del paciente no lo exime de esa obligación.

B.- DE LA PRESCRIPCIÓN MEDICA

ARTÍCULO 55.- El médico prescribirá libremente la terapéutica guiándose solamente por criterios enmarcados de su ciencia y de su conciencia.

ARTÍCULO 56.- La prescripción médica debe contener de manera clara y legible, el nombre, dirección y número de código o registro y la especialidad del médico.

ARTÍCULO 57.- La prescripción médica involucra el secreto profesional y por esa razón no debe en ningún momento exigirse que en la misma se anexasen diagnósticos del paciente, lo que permitiría que pudiesen enterarse otras personas ajenas al paciente.

ARTÍCULO 58.- Los médicos que trabajen en instituciones de salud del estado, deberán registrarse por normas establecidas en su institución, acerca de la expedición de recetas médicas, sin embargo les queda el derecho de refutar cualquier condición o testamento legal que a su juicio o criterio contraviniese estos preceptos deontológicos.

C.- DE LA HISTORIA CLÍNICA

ARTÍCULO 59.- La historia clínica es un documento legal. El médico siempre tratará de mantener un historial clínico, claro, legible y lo más completo posible sobre los tratamiento y acontecimientos de su paciente.

ARTÍCULO 60.- La Historia Clínica de oficinas privadas o instituciones sólo podrán ser confiadas a personas que puedan respetar un secreto profesional.

ARTÍCULO 61.- A petición de otro colega y siempre con la conformidad del paciente, el médico está obligado a suministrar los informes necesarios para completar el diagnóstico y/o la continuidad del tratamiento.

ARTÍCULO 62.- El médico puede usar para sí, o bien para otros colegas, los datos contenidos en una historia clínica, con fines educativos, sólo salvaguardando los detalles que pudiesen permitir la identificación del enfermo, por parte de terceras personas.

TITULO II
CAPITULO V
DE LA RELACIÓN DEL MEDICO CON LAS INSTITUCIONES

ARTÍCULO 63.- El médico cumplirá a cabalidad sus deberes profesionales y administrativos, así como el horario de trabajo y demás compromisos a que esté obligado en la institución donde presta sus servicios.

ARTÍCULO 64.- El médico que labore devengando un salario fijo por cuenta de una institución de salud pública o privada no podrá percibir honorarios de los pacientes que atienda en esas instituciones.

ARTÍCULO 65.- El médico no aprovechará su vinculación con una institución para inducir al paciente a que utilice sus servicios en el ejercicio privado de su profesión.

ARTÍCULO 66.- El médico funcionario guardará para sus colegas y personal paramédico subalterno la consideración, aprecio y respeto que se merecen, teniendo en cuenta su categoría profesional, sin menoscabo del cumplimiento de sus deberes como superior.

ARTÍCULO 67.- Todo médico está obligado a velar por el prestigio de la institución en que trabaja. Si apreciara deficiencias de orden ético de cualquier tipo que puedan existir, han de ser puestas en conocimiento de la Asociación Médica Nacional.

ARTÍCULO 68.- Es deber de profesional médico recabar, en beneficio del enfermo, información de médico de cabecera, quien deberá remitir con el mismo paciente, la correspondiente historia clínica.

ARTÍCULO 69.- Es deseable que el médico de cabecera y el equipo médico hospitalario mantengan comunicación durante la hospitalización del enfermo y, de ser posible, después de la misma.

Esta relación debe acomodarse a las normas de confraternidad y al respeto de las competencias respectivas.

ARTÍCULO 70.- El médico de cabecera será notificado del alta de su paciente y recibirá la correspondiente información directa, sobre el diagnóstico terapéutico aplicado, resultados obtenidos e indicaciones en cuanto a posibles cuidados o complicaciones ulteriores. Estas mismas condiciones regirán en aquellos casos de interconsultas.

ARTÍCULO 71.- Para regular las relaciones profesionales entre los médicos y los Centros de Salud, debe existir siempre un estatuto, documento o contrato escrito, que debe ser conocido y visado por la Asociación Médica existente, a fin de garantizar la observancia de las normas de Deontología Médica.

ARTÍCULO 72.- Ninguna forma estatutaria, contractual o reglamentaria podrá limitar la libertad del médico en la elección de medios diagnósticos y de tratamientos éticos, de que disponga.

ARTÍCULO 73.- Los médicos que trabajen en un Centro de Salud, deben exigir que en un seno puedan establecerse comisiones aprobadas por la Asociación Médica existente, o decididas por los miembros del mismo Centro que se estimen necesarios para la buena marcha del mismo, así como la defensa e independencia profesional.

ARTÍCULO 74.- Queda prohibida cualquier cláusula que para juzgar los litigios de orden deontológico entre médicos, reconozca una competencia o un poder extra-médico.

ARTÍCULO 75.- El estatuto, contrato o documento a que se refiere el Artículo 76, debe prever que el médico ejercerá una autoridad efectiva sobre el personal colaborador en los problemas asistenciales médicos.

ARTÍCULO 76.- En caso de ausencia, por enfermedad o vacaciones, todo médico institucional tendrá un médico sustituto, si así lo ameritara el buen funcionamiento de los servicios médicos.

ARTÍCULO 77.- El médico sustituto tiene derecho a los honorarios totales y jamás admitirá la subdivisión de los mismos.

ARTÍCULO 78.- En sustituciones prolongadas, las Asociaciones Médicas velará porque las causas y circunstancias de las mismas sean justas.

ARTÍCULO 79.- El médico que ha sustituido a un colega no puede obrar de manera tal que interrumpa la relación entre el enfermo y el médico sustituido.

ARTÍCULO 80.- Ningún médico debe aceptar un cargo para el cual no tiene la preparación adecuada. No debe aceptar cargos o nombramientos del Gobierno o Instituciones cuando ello implicaría daño o perjuicio a un colega o a la profesión. Debe cerciorarse de que lo último no es así, consultando con el colega afectado o con la Asociación Médica Nacional antes de aceptar el cargo o nombramiento. De igual modo, el médico que se encuentre en posesión del cargo, no debe valerse de ese hecho, para impedir las justas aspiraciones de un colega.

ARTÍCULO 81.- Cuando ocurriera una grave diferencia de opinión o de intereses entre médicos que no pueda solucionarse por los medios regulares, se sometería el asunto

a una Comisión especial de Arbitraje compuesta de médicos de la Asociación Médica Nacional.

ANEXO

DEL CÓDIGO DE ÉTICA DE LAS NACIONES UNIDAS DE LA RELACIÓN DEL MEDICO CON LAS INSTITUCIONES CARCELARIAS

- 1.- Los presos y detenidos tienen los mismos derechos que quienes no están en prisión o detención a la protección de la salud física o mental y al tratamiento de la enfermedad.
- 2.- Constituye una violación flagrante de la ética médica la participación activa o pasiva del personal de salud, y en particular de los médicos que tengan responsabilidad clínica sobre presos o detenidos en actos que constituyan participación o complicidad en torturas u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, incitación a ello o intento de cometerlos.
- 3.- Constituye una violación de la ética médica el hecho de que el personal de salud y en particular los médicos, tengan con los presos o detenidos cualquier relación distinta de la puramente médica, es decir, la que tiene por finalidad la protección o el mejoramiento de la salud de la persona presa o detenida.
- 4.- Es también contrario a la ética médica el hecho de que el personal de salud y, en particular, los médicos:
 - a) Contribuyan con sus conocimientos o pericias a la aplicación de ciertos métodos de interrogatorio o,
 - b) Certifiquen que la persona presa o detenida se encuentre en condiciones de recibir cualquier forma de castigo que pueda influir desfavorablemente en su salud física o mental.

TITULO II

CAPITULO VI

PUBLICIDAD Y PROPIEDAD INTELECTUAL

ARTÍCULO 82.- Los métodos publicitarios, que emplee el médico para obtener clientela, deben ser éticos y fundamentarse en su competencia profesional y en su integridad moral siempre que sea necesario informar al público sobre los mismos.

ARTÍCULO 83.- El anuncio profesional debe figurar con los siguientes puntos:

- 1) Nombre y apellido
- 2) Especialidad, si esta le hubiere sido reconocido legalmente;
- 3) Número de Registro en el Ministerio de Salud;
- 4) Día y Hora de consulta
- 5) Domicilio y teléfono del consultorio
- 6) Nombre de la universidad que le confirió el título

ARTÍCULO 84.- Cuando el anuncio de que se trata el presente artículo anterior se refiere a un Centro Médico o a una Asociación de Profesionales, en él debe aparecer el nombre del Gerente, Administrador o responsable del grupo, con los datos correspondientes a los numerales 1), 3) y 6) del presente artículo.

ARTÍCULO 85.- Se considera violatorio de la ética médica:

1.- Atraer pacientes individualmente o por grupos, instituciones u organizaciones médicas, ya sea por medio de circulares de avisos por la prensa, radio o televisión o por comunicaciones personales.

2.- Procurar pacientes indirectamente por medio de agentes o solicitudes o anuncios indirectos, suministrando o inspirando comentarios en los medios de comunicación social, concernientes a casos con los cuales el médico ha estado relacionado, o por alabanzas personales.

3.- Hacer alarde de prioridad en el uso de medidas terapéuticas, curas radicales, descubrimientos o métodos secretos, exhibir certificados de buen éxito en el tratamiento de enfermedades, o emplear cualquier otro método para atraer la atención del público.

ARTÍCULO 86.- La mención de títulos académicos, honoríficos, científicos o de cargos desempeñados, solamente podrá hacerse en publicaciones de carácter científico.

ARTÍCULO 87.- Todo anuncio o publicidad debe estar de acuerdo con las normas de ética y puede ser inspeccionado por el Tribunal de Ética Médica de la Asociación Médica Nacional quien podrá ordenar su modificación o retiro cuando lo estime pertinente.

ARTÍCULO 88.- Los médicos pueden participar en campañas sanitarias, emisiones radiodifundidas o actividades destinadas a la educación de la población y dar conferencias a condición de que observen las reglas de discreción, dignidad, tacto y prudencia propia de la profesión médica.

ARTÍCULO 89.- La difusión de los trabajos médicos podrá hacerse por conducto de las publicaciones científicas correspondientes y debe ser acompañado de la bibliografía utilizada.

ARTÍCULO 90.- El médico tiene el derecho de propiedad intelectual sobre los trabajos que elabora con base en sus conocimientos intelectuales y sobre cualquier otro documento, inclusive Historias Clínicas, que reflejen su criterio o pensamiento científico. La identidad del paciente en este caso debe ser guardada.

ARTÍCULO 91.- El médico no auspiciará en ninguna forma la publicación de artículos que no se ajusten estrictamente a los hechos científicos debidamente comprobados o que los presenten hechos en forma que induzca a error, bien sea por el contenido o los títulos con que se presentan los mismos.

ARTÍCULO 92.- En ningún momento el médico utilizará su posición jerárquica para hacer publicar en nombre suyo, trabajos de sus subordinados y asistentes. Cuando la investigación es en colaboración la publicación debe ser dada con igual énfasis, a los autores con prioridad al que idea el trabajo.

TITULO II

CAPITULO VIII

DE LOS HONORARIOS Y REMUNERACIONES

ARTÍCULO 93.- Siendo la retribución económica de los servicios profesionales un derecho, el médico fijará sus honorarios de conformidad con su jerarquía científica y en relación con la importancia y circunstancias de cada uno de sus actos que corresponde cumplir teniendo en cuenta la situación económica y social del paciente y previo acuerdo con éste o sus representantes.

ARTÍCULO 94.- Para efectos de los Honorarios y Remuneraciones relacionadas con este código, las consultas o visitas médicas pueden ser:

- a) consulta o visita ordinaria, que es la que hace el médico libremente a beneficio del paciente.
- b) la visita o consulta de urgencia, que es la exigida de inmediato por el enfermo o sus familiares o responsables.
- c) La visita o consulta a hora fija, que es la exigida según comodidad personal del paciente.

PARAGRAFO: Estas consultas o visitas pueden ser diurnas (8am a 6pm) nocturnas de (6pm a 8am) y las especiales que corresponden a los domingos y días feriados.

ARTÍCULO 95.- Los Honorarios deben estar conformes con los acostumbrados por los otros médicos de la localidad por servicios similares proporcionales a la situación económica de los enfermos, y no en forma que impida la libre competencia de los demás médicos.

ARTÍCULO 96.- Se deben prestar servicios gratuitos a las personas indigentes, a los médicos y miembros de su familia inmediata que dependan de ellos económicamente.

PARAGRAFO: Los médicos no deben prestar servicios gratuitos a instituciones o asociaciones de asistencia mutua o de seguros contra enfermedades, contra accidentes de vida o cuando éstas animen fines de lucro.

ARTÍCULO 97.- No constituye falta de ética negarse a la asistencia gratuita en forma privada en los casos a que se refieren los artículos anteriores de éste Código si existiere en la localidad un servicio médico asistencial público.

ARTÍCULO 98.- El médico que reciba la atención a que se refiere el artículo anterior, ya sea personalmente o para sus familiares dependientes, deberá pagar los correspondientes honorarios tales como, vacunas, exámenes de laboratorio, estudios radiográficos, yesos, etc.

ARTÍCULO 99.- El médico podrá conceder tarifas especiales a los miembros de las profesiones afines a las suyas.

ARTÍCULO 100.- En caso de urgencia la asistencia médica no se condiciona al pago anticipado de honorarios profesionales.

ARTÍCULO 101.- Los Honorarios por intervenciones quirúrgicas, inclusive las llamadas cirugías menores se fijarán de común acuerdo entre el facultativo y el paciente o sus familiares. El médico tratante podrá pagar a sus ayudantes cantidades justas según la colaboración prestada. En los casos en que se apliquen tratamientos especiales, los honorarios se fijarán previamente, de común acuerdo entre el facultativo y el paciente o sus familiares responsables.

ARTÍCULO 102.- La presencia de otro médico en un acto quirúrgico, cuando ha sido solicitado por el enfermo o sus familiares o responsables, le da derecho a la percepción de honorarios de parte del paciente y es obligación del médico comunicarlo previamente a los mismos.

ARTÍCULO 103.- Toda Consulta por correspondencia que obligue al médico a un estudio, especialmente si se hacen indicaciones terapéuticas, debe considerarse como una atención en consultorio y da derecho a percibir honorarios.

ARTÍCULO 104.- Las consultas telefónicas deben limitarse en lo posible y podrán incluirse en la cuenta de honorarios.

ARTÍCULO 105.- En las Juntas Médicas los honorarios serán iguales para todos los participantes, excepto al médico de cabecera quien devengará honorarios iguales o superiores a los consultantes.

ARTÍCULO 106.- Los honorarios médicos correspondientes a los consultores deberán ser satisfechos inmediatamente después de finalizada la Junta a menos que entre ambas partes convengan hacerlo de otro modo. Incumbe al médico de cabecera recordar dicha obligación al paciente o sus familiares, antes de proceder a la cita.

ARTÍCULO 107.- Cuando quiera que se presenten diferencias entre el médico y el paciente con respecto a los honorarios, tales diferencias podrán ser conocidas y resueltas por la Asociación Médica Nacional.

ARTÍCULO 108.- Cuando se traten de dichos litigios por conceptos de honorarios se especificarán las consultas, número de intervenciones, viajes exámenes complementarios y condiciones en que se realizó la asistencia y, en general, todo lo que pueda contribuir al esclarecimiento del caso, pero se abstendrá de revelar la naturaleza de la enfermedad, de las intervenciones y de los cuidados especiales prestados. Estas circunstancias sólo podrán exponerse ante peritos médicos designados por él.

ARTÍCULO 109.- En los casos en los cuales, por razones injustificadas, se negaren a satisfacer el valor de los servicios prestados, los médicos están en el derecho de concurrir a los Tribunales ordinarios para los efectos de los pagos, sin que este procedimiento lesione el buen nombre ni la dignidad de los facultativos.

ARTÍCULO 110.- Practicar la medicina por contrato significa el acuerdo entre un médico o grupo de médicos y un individuo u organización estatal, semi-estatal o privada para prestar servicios profesionales a un grupo de personas a un precio fijo global o per cápita. La práctica de la medicina por contrato, de suyo, no está reñida con la ética. Sin embargo, estaría contra la ética si el contrato o cualquiera de sus cláusulas contravinieran los principios establecidos en este código o sí:

a) El Contrato o cualquiera de sus cláusulas implicara el deterioro de la calidad de servicios médicos.

b) Sí para conseguir el contrato el médico o grupo de médicos rebaja excesivamente el precio de sus servicios.

c) Si el médico se ve obligado a atender a un número excesivo de pacientes en tiempo limitado.

- d) Si se restringe la libertad del enfermo de escoger el médico de su confianza.
- e) Si se restringe la independencia profesional.
- f) Si el contrato da margen a una ganancia pecunaria para su promotor o promotores.
- g) La calificación de un contrato, desde el punto de vista ético será objeto de estudio por una Comisión de la Asociación Médica Nacional, nombrada para tal fin.

ARTÍCULO 111.- Un médico no debe entregar sus capacidades o servicios profesionales a ningún hospital, organización, grupo, compañía o individuo, médico o no médico, bajo términos o condiciones que permitan la explotación de los servicios del médico para el beneficio pecunario de la entidad en cuestión. Tal proceder es indigno de un profesional y es tan dañino a la profesión de la medicina como a los intereses del pueblo.

ARTÍCULO 112.- No le es permitido al médico en ejercicio de su profesión vender medicinas, ni muestras médicas, ni percibir derechos de patente o comisiones por ventas de instrumental médico o quirúrgico a las instituciones de salud. No ofrecerá, ni aceptará de otros médicos, comisión, ni gratificación alguna por consultas o envío de pacientes para diagnóstico o tratamiento.

ARTÍCULO 113.- Queda formal y categóricamente proscrita la partición de honorarios entre médicos generales, especialistas, laboratoristas y demás auxiliares de la medicina, así como el consorcio entre éstos para referir pacientes, sin que prive una evidente colaboración en provecho exclusivo del enfermo.

Está prohibido al médico solicitar anticipos de honorarios profesionales.

TITULO III

CAPITULO I

TRIBUNALES ÉTICO-PROFESIONALES

ARTÍCULO 114.- En la Asociación Médica Nacional de Panamá existirá:

- a.- La Asamblea General
- b.- Un Órgano de Vigilancia
- c.- Un Tribunal de Honor

ARTÍCULO 115.- El Órgano de Vigilancia tendrá las siguientes atribuciones:

a) Vigilar para que no se cometan infracciones de este Código de Ética.

b) Hacer las denuncias que se encuentren justificadas por supuestas violaciones de este Código ante la Junta Directiva de la Asociación Médica Nacional y ante el Tribunal de Honor.

ARTÍCULO 116.- El Tribunal de Honor escuchará las denuncias que le haga cualquier miembro de la Asociación, el Órgano de Vigilancia o cualquier Sociedad Médica por supuestas infracciones a sus respectivos Estatutos que guarden relación con lo previsto en el Capítulo II del Título III de este mismo Código.

Acápita a) El Tribunal de Honor puede actuar por iniciativa propia o sea de oficio, para analizar las supuestas transgresiones a este Código de Ética.

Acápita b) El Tribunal de Honor redactará para su aprobación por Consejo Ejecutivo un Reglamento Interno, que establecerá las sanciones correspondientes a las violaciones del presente Código.

CAPITULO II

DEL PROCESO DISCIPLINARIO ÉTICO-PROFESIONAL.

ARTÍCULO 117.- El proceso disciplinario Ético-Profesional será instaurado:

a) De oficio, cuando por conocimiento de cualesquiera de los miembros del Tribunal se consideren violadas la normas de la presente Código.

b) Por solicitud de una entidad pública o privada, por parte de una Sociedad médica.

PARAGRAFO: En todo caso deberá presentarse, por lo menos, una prueba sumaria del acto que se considere reñido con la Ética Médica.

ARTÍCULO 118.- En la denuncia aceptada, el presidente del Tribunal de Honor designará a uno de sus miembros para que se instruya el Proceso Disciplinario sus conclusiones, presentándolas dentro de un término que no exceda de quince días hábiles.

ARTÍCULO 119.- Si el Presidente del Tribunal de Honor o el profesional instructor, conceptúan que el contenido de la denuncia establece claramente la presunción de violación de normas de carácter penal, civil, administrativos o laboral, simultáneamente con la instrucción del proceso disciplinario, los hechos se pondrán en conocimiento de la autoridad competente.

ARTICULO 120.- El profesional instructor o el afectado acusado, cuando lo consideren indispensable o conveniente, podrán asesorarse de abogados idóneos.

ARTÍCULO 121.- En casos, en donde el instructor encargado, por razones de complicaciones en cuanto a la determinación de la responsabilidad del caso denunciado, podría solicitarle al Tribunal de Honor, la prórroga de quince días hábiles extraordinarios, para presentar sus conclusiones.

ARTÍCULO 122.- Estudiado y evaluado el informe de conclusión por el Tribunal, se tomarán posteriormente las siguientes decisiones:

a) Declarar que no existe mérito para formular cargos por violación de la ética médica en contra del profesional acusado.

b) Declarar que existe mérito para formular cargos por violación de la ética médica, en donde por escrito se le hará saber al profesional imputado, señalándole claramente los hechos, fijándole así fecha y hora para que el Tribunal de Honor en pleno lo escuche en diligencia de descargos.

PARÁGRAFO. La diligencia de descargos no podrá adelantarse antes de los diez días hábiles, ni después de los veinte, contados a partir de la fecha de recibo de la comunicación en el cual se señalan dichos cargos.

ARTÍCULO 123.- Practicada la diligencia de descargos, el Tribunal de Honor podrá solicitar la ampliación del Sumario, fijando para realizarlo en un término no superior a quince días hábiles, o pronunciarse de fondo dentro del mismo término, en sesión distinta a la realizada para escuchar los descargos.

PARÁGRAFO. En los casos de ampliación del sumario, como consecuencia de la diligencia de descargos, la decisión de fondo deberá efectuarse dentro de los quince días hábiles siguientes al plazo concedido para la práctica de dicha diligencia.

A.M.N., 1987

CONSEJOS DE ESCULAPIO

“ Los Consejos de esculapio”, hermosa admonición de un médico a su hijo que aspira a emularle, por razones inexplicables no han tenido la misma difusión otras oraciones. Una de las interpretaciones mejor conocidas es la siguiente:

“¿Quiéres ser médico, hijo mío? Aspiración es ésta de un alma generosa, de un espíritu ávido de ciencia. ¿Deseas que los hombres te tengan por un Dios que alivia sus males y ahuyenta de ellos el espanto?”

¿Has pensado bien en lo que ha de ser tu vida? Tendrás que renunciar a la vida privada; mientras la mayoría de los ciudadanos pueden, terminada su tarea, aislarse lejos de los importunos, tu puerta quedará siempre abierta a todos; a toda hora del día o de la noche vendrán a turbar tu descanso, tus placeres, tu meditación; ya no tendrás horas que dedicar a tu familia, a la amistad o al estudio; ya no te pertenecerás.

Los pobres acostumbrados a padecer, no te llamarán sino en caso de urgencia; pero los ricos te tratarán como a un esclavo encargado de remediar sus excesos: sea porque tengan una indigestión, sea porque están acatarrados; harán que te despierten a toda prisa tan pronto como sientan la menor inquietud, pues estiman en muchísimo su persona. Habrás de demostrar interés por los detalles más vulgares de su existencia, decidir si han de comer ternera o cordero, si han de andar tal o cual modo cuando se pasean. No podrás ir al teatro, ni estar enfermo; tendrás que estar siempre listo para acudir tan pronto como te llame tu amo.

Eras severo en la elección de tus amigos, buscabas la sociedad de los hombres de talento, de artistas, de almas delicadas; en adelante, no podrás desechar a los fastidiosos, a los escasos de inteligencia, a los despreciables. El malhechor tendrá tanto derecho a tu asistencia como el hombre honrado. Prolongarás vidas nefastas, y el secreto de tu profesión te prohibirá impedir crímenes de los que serás testigo.

Tienes fé en tu trabajo para conquistarte una reputación; ten presente que te juzgarán, no por tu ciencia, sino por las casualidades del destino, por el corte de tu capa,

por la apariencia de tu casa, por el número de tus criados, por la atención que dediques a las charlas y a los gustos de tu clientela. Los habrá que desconfiarán de ti si no gastas barba, otros, si no vienes de Asia; otros, si no crees en ellos.

Te gusta la sencillez, habrás de adoptar la actitud de augur. Eres activo, sabes lo que vale el tiempo; no habrás de manifestar fastidio ni impaciencia; tendrás que soportar relatos que arranquen del principio de los tiempos para explicarte un cólico; ociosos te consultarán por el solo placer de charlar. Serás el vertedero de sus nimias vanidades.

Sientes pasión por la verdad, ya no podrás decirla. Tendrás que ocultar a algunos la gravedad de su mal; a otros su insignificancia, pues les molestaría. Habrás de ocultar secretos que poseo, consentir en parecer burlado, ignorante, cómplice.

Aunque la Medicina es una ciencia oscura, a la cual los esfuerzos de sus fieles va iluminando de siglo en siglo, no te será permitido dudar nunca, so pena de perder todo crédito. Si no afirmas que conocer la naturaleza de la enfermedad, que posees un remedio infalible para curarla, el vulgo irá a charlatanes que venden la mentira que necesita.

No cuentes con agradecimiento: cuando el enfermo sana, la curación es debida a su robustez; si muere, tú eres el que lo ha matado. Mientras está en peligro, te trata como un Dios, te suplica, te promete, te colma de halagos; no bien está en convalecencia, ya le estorbas; cuando se trata de pagar los cuidados que has prodigado se enfada y te denigra. Cuando más egoístas son los hombres, más solicitud exige.

No cuentes con que ese oficio tan penoso te haga rico. Te lo he dicho: es un sacerdocio, y no será decente que produjera ganancias como las que saca un aceitero o el que venda lana. Te compadezco si sientes afán por la belleza; verás lo más feo y repugnante que hay en la especie humana; todos los sentidos serán maltratados. Habrás de pegar tu oído contra el sudor de pechos sucios, respirar el olor de miserias viviendas, los perfumes hartos subidos de las cortesanas, palpar tumores, curar llagas verdes de pus, contemplar los orines, escudriñar los esputos, fijar tu mirada y tu olfato en inmundicias, meter el dedo en muchos sitios. Cuantas veces, en un día hermoso, soleado y perfumado, al salir de un banquete o de una pieza de Sófocles, te llamarán por un hombre que, moleestado por los dolores de vientre, te presentarán un bacín nauseabundo, diciéndote, satisfecho; gracias a que he tenido la precaución de no tirarlo. Recuerda, entonces que habrá de parecerte interesante aquella deyección.

Hasta la belleza misma de las mujeres, consuelo del hombre, se desvanecerá para ti. Las verás por las mañanas desgrefiadas, desencajadas, desprovistas de bellos colores, y olvidando sobre los muebles parte de sus atractivos. Cesarán de ser diosas para convertirse en pobres seres afligidos de miserias sin gracia. Sentirás por ellas menos deseos que compasión.

¿Cuántas veces te asustarás al ver un cocodrilo adormecido en el fondo de la fuente de placeres?

Tu oficio será para ti un túnica de Meso. En la calle, en los banquetes, en el teatro, en tu cama misma, los desconocidos, tus amigos, tus allegados, te hablarán de sus males para pedirte un remedio. El mundo te perecerá un vasto hospital, una asamblea de individuos que se quejan. Tu vida transcurrirá en la sombra de la muerte, entre el dolor de los cuerpos y de las almas, de los duelos y de la hipocresía, que calcula a la cabecera de los agonizantes.

Te serán difícil conservar una visión consoladora del mundo. Descubrirás tanta fealdad bajo las más bellas apariencias, que toda confianza en la vida se derrumbará, y todo goce será empozonado. La raza humana es un Prometo desgarrado por buitres.

Te verás sólo en tus tristezas, solo en tus estudios, solo en medio del egoísmo humano. Ni siquiera encontrarás apoyo entre los médicos que se hacen sorda guerra por interés o por orgullo.

La conciencia de aliviar males te sostendrá en tus fatigas; pero dudarás, si es acertado hacer que sigan viviendo hombres atacados por un mal incurable, niños enfermizos que ninguna probabilidad tienen de ser felices y que transmitirán su triste vida a seres que serán más miserables aún. Cuando, a costa de muchos esfuerzos, hayas prolongado la existencia de algunos ancianos o de niños deformes, vendrá una guerra que destruirá lo más sano y robusto que hay en la ciudad. Entonces te encargarán que separes los débiles y enviar los fuertes a la muerte.

Piénselo bien mientras estás a tiempo. Pero si, indiferentes a la fortuna, a los placeres, a la ingratitud, si sabiendo que te verás sólo entre las fieras humanas, tienes un alma lo bastante estoica para satisfacer con el deber cumplido sin ilusiones: si te juzgas pagado lo bastante con la dicha de una madre, con una cara que sonríe porque ya no padece, con la paz de un moribundo a quien ocultas la llegada de la muerte; si ansías conocer al hombre, penetrar todo lo trágico de su destino, hazte médico, hijo mío.

DECLARACIÓN DE TOKIO

Normas Directivas para Médicos con respecto a la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, o Castigos Impuestos sobre Personas Detenidas o Encarceladas.

Como fue adoptada por la 20ª Asamblea Médica Mundial, Tokio, Japón, octubre 1975.

PREÁMBULO

Es el privilegio y el deber del médico de practicar su profesión al servicio de la humanidad, de velar por la salud mental y corporal y de restituirla sin prejuicios personales, de aliviar el sufrimiento de sus pacientes y de mantener el máximo respeto por la vida humana aun bajo amenaza, sin jamás hacer uso de sus conocimientos médicos de manera contraria a las leyes de la humanidad.

Para el propósito de esta Declaración, se define tortura como el sufrimiento físico o mental infligido en forma deliberada, sistemática o caprichosa por una o más personas actuando sola o bajo órdenes de cualquier autoridad, con el fin de forzar a otra persona a dar informaciones, a hacerla confesar, o por cualquier otra razón.

DECLARACIÓN:

- 1.- El médico no deberá favorecer, aceptar o participar en la práctica de la tortura o de otros procedimientos crueles, inhumanos o degradantes, cualquiera sea la ofensa atribuida a la víctima, sea ella acusada o culpable, cualesquiera sean sus motivos o creencias y en toda situación, inclusive el conflicto armado y la lucha civil.
- 2.- El médico no proveerá ningún lugar, instrumento, sustancia o conocimiento para facilitar la práctica de la tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, o para quebrantar la capacidad de resistencia de la víctima hacia tales procedimientos.

3.- El médico no deberá estar presente durante cualquier procedimiento que implique el uso o amenaza del uso de tortura o de otro trato cruel, inhumano o degradante.

4.- Un médico debe tener completa libertad clínica para decidir el tipo de atención médica de un individuo por quien él o ella es responsable. El rol fundamental del médico es aliviar el sufrimiento del ser humano sin que ningún motivo, ya sea personal, colectivo o político, lo separe de este noble objetivo.

5.- En el caso de un prisionero que rehusa alimentos y a quien el médico considera de comprender racional y sanamente las consecuencias de tal rechazo voluntario de alimentación, no deberá ser alimentado artificialmente. Esta opinión sobre la capacidad racional del prisionero debiera ser confirmada por lo menos por otro médico ajeno al caso. El médico explica al prisionero las consecuencias que su rechazo de alimentos puede acarrearle.

6.- La Asociación Mundial respaldará, y debiera instar a la comunidad internacional, a las asociaciones médicas nacionales y a los colegas médicos y a su familia frente a represalias que resulten por haberse negado a aceptar el uso de la tortura o de otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.

ÉTICA CIENTÍFICA **(Según J. Bronowski)**

Tres ideales

- 1.- Lo que se llama mente creativa, significado con libertad de inquerir en todas las artes y ciencias, en la búsqueda incesante de cuál de estas puede estimular en mayor grado las diversas aspiraciones del hombre.
- 2.- El hábito de la verdad, o sea, la dependencia en los métodos científicos para la determinación de los valores y directrices de orden moral.
- 3.- El concepto de dignidad humana, es decir el respeto por la vida humana y todo lo que concierne al bienestar de nuestros semejantes.

En la actualidad los filósofos, religiosos y científicos aceptan tres conceptos básicos: Libertad, Verdad y Amor.

Basados en estos tres ideales podemos juzgar los complejos problemas de la Medicina contemporánea.

ANEXO N° 2

LEY 23 DE 1981
(Febrero 18)

Por la cual se dictan normas en materia de ética médica.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

TITULO I

Disposiciones generales.

Capítulo I
Declaración de principios.

Artículo 1º. La siguiente declaración de principios constituye el fundamento esencial para el desarrollo de las normas sobre Ética Médica:

- 1º. La medicina es una profesión que tiene como fin cuidar de la salud del hombre y propender por la prevención de las enfermedades, el perfeccionamiento de la especie humana y el mejoramiento de los patrones de vida de la colectividad, sin distinciones de nacionalidad, ni de orden económico-social, racial, político y religioso. El respeto por la vida y los fueros de la persona humana constituyen su esencia espiritual. Por consiguiente, el ejercicio de la medicina tiene implicaciones humanísticas que le son inherentes.
- 2º. El hombre es una unidad síquica y somática, sometido a variadas influencias externas. El método clínico puede explorarlo como tal, merced a sus propios recursos, a la aplicación del método científico natural que le sirve de base, y a los elementos que las ciencias y la técnica ponen a su disposición.

En consecuencia el médico debe considerar y estudiar al paciente, como persona que es, en relación con su entorno, con el fin de diagnosticar la enfermedad y sus características individuales y ambientales, y adoptar las medidas, curativas y de rehabilitación correspondiente. Si así procede, a sabiendas podrá hacer contribuciones a la ciencia de la salud, a través de la práctica cotidiana de su profesión.

- 3º. Tanto en la sencilla investigación científica antes señalada como en las que se lleve a cabo con fines específicos y propósitos deliberados, por más compleja que ella sea, el médico se ajustará a los principios metodológicos y éticos que salvaguardan intereses de la ciencia y los derechos de la persona, protegiéndola del sufrimiento y manteniendo incólume su integridad.

4°. La relación médico-paciente es elemento primordial en la práctica médica. Para que dicha relación tenga pleno éxito debe fundarse en un compromiso responsable, leal y auténtico el cual impone la más estricta reserva profesional.

5°. Conforme con la tradición secular, el médico esta obligado a transmitir conocimientos al tiempo que ejerce la profesión, con miras a preservar la salud de las personas y de la comunidad.

Cuando quiera que sea llamado a dirigir instituciones para la enseñanza de la medicina o a regentar cátedras en las mismas, se someterá a las normas legales y reglamentarias sobre la materia, así como a los dictados de la ciencia, a los principios pedagógicos y a la ética profesional.

6°. El médico es auxiliar de la justicia en los casos que señala la ley, ora como funcionario público, ora como perito expresamente designado para ello. En una u otra condición, el médico cumplirá su deber teniendo en cuenta las altas miras de su profesión, la importancia de la tarea que la sociedad le encomienda como experto y la búsqueda de la verdad y sólo la verdad.

7°. El médico tiene derecho a recibir remuneración por su trabajo, la cual constituye su medio normal de subsistencia. Es entendido que el trabajo o servicio del médico sólo lo beneficiará a él y a quien lo reciba. Nunca a terceras personas que pretendan explotarlo comercial o políticamente.

8°. El médico, por la función social que implica el ejercicio de su profesión, está obligado a sujetar su conducta pública y privada a los más elevados preceptos de la moral universal.

9°. Los principios éticos que rigen la conducta profesional de los médicos, no se diferencian sustancialmente de los que regulan la de otros miembros de la sociedad. Se distinguen sí por las implicaciones humanísticas anteriormente indicadas. La presente Ley comprende el conjunto de normas permanentes sobre ética médica a que debe ceñirse el ejercicio de la medicina en Colombia.

Capítulo II

Del juramento.

Artículo 2°. Para los efectos de la presente Ley, adóptanse los términos contenidos en el juramento aprobado por la Convención de Ginebra de la Asociación Médica Mundial, con la adición consagrada en el presente texto.

El médico deberá conocer y jurar cumplir con lealtad y honor el siguiente
Juramento Médico:

Prometo solemnemente consagrar mi vida al servicio de la humanidad;

Otorgar a mis maestros el respeto, gratitud y consideración que merecen;

Enseñar mis conocimientos médicos con estricta sujeción a la verdad científica y a los más puros dictados de la ética;

Ejercer mi profesión dignamente y a conciencia;

Velar solícitamente y ante todo por la salud de mi paciente;

Guardar y respetar los secretos a mí confiados;

Mantener incólumes, por todos los medios a mi alcance, el honor y las nobles tradiciones de la profesión médica;

Considerar como hermanos a mis colegas;

Hacer caso omiso de las diferencias de credos políticos y religiosos, de nacionalidad, razas, rangos sociales, evitando que éstas se interpongan entre mis servicios profesionales y mi paciente;

Velar con sumo interés y respeto por la vida humana, desde el momento de la concepción y, aun bajo amenaza, no emplear mis conocimientos médicos para contravenir las leyes humanas;

Solemne y espontáneamente, bajo mi palabra de honor, prometo cumplir lo antes dicho.

TITULO II

Práctica profesional.

Capítulo I

De las relaciones del médico con el paciente.

Artículo 3°. El médico dispensará los beneficios de la medicina a toda persona que los necesite, sin más limitaciones que las expresamente señaladas en esta Ley.

Artículo 4°. La asistencia médica se fundamentará en la libre elección del médico, por parte del paciente. En el trabajo institucional se respetará en lo posible este derecho.

Artículo 5°. La relación médico-paciente se cumple en los siguientes casos:

1. Por decisión voluntaria y espontánea de ambas partes.
2. Por acción unilateral del médico, en caso de emergencia.
3. Por solicitud de terceras personas.
4. Por haber adquirido el compromiso de atender a personas que están a cargo de una entidad privada o pública.

Artículo 6º. El médico rehusará la prestación de sus servicios para actos que sean contrarios a la moral, y cuando existan condiciones que interfieran el libre y correcto ejercicio de la profesión.

Artículo 7º. Cuando no se trate de casos de urgencia, el médico podrá excusarse de asistir a un enfermo o interrumpir la prestación de sus servicios, en razón de los siguientes motivos:

- a) Que el caso no corresponda a su especialidad.
- b) Que el paciente reciba la atención de otro profesional que excluya la suya;
- c) Que el enfermo rehuse cumplir las indicaciones prescritas.

Artículo 8º. El médico respetará la libertad del enfermo para prescindir de sus servicios.

Artículo 9º. El médico mantendrá su consultorio con el decoro y la responsabilidad que requiere el ejercicio profesional. En él puede recibir y tratar a todo paciente que lo solicite.

Artículo 10. El médico dedicará a su paciente el tiempo necesario para hacer una evaluación adecuada de su salud e indicar los exámenes indispensables para precisar el diagnóstico y prescribir la terapéutica correspondiente.

Parágrafo. El médico no exigirá al paciente exámenes innecesarios, ni lo someterá a tratamientos médicos o quirúrgicos que no se justifiquen.

Artículo 11. La actividad del médico ante el paciente será siempre de apoyo. Evitará todo comentario que despierte su preocupación y no hará pronósticos de la enfermedad sin las suficientes bases científicas.

Artículo 12. El médico solamente empleará medios diagnósticos o terapéuticos debidamente aceptados por las instituciones científicas legalmente reconocidas.

Parágrafo. Si en circunstancias excepcionalmente graves un procedimiento

experimental se ofrece como la única posibilidad de salvación, éste podrá utilizarse con la autorización del paciente o sus familiares responsables y, si fuere posible, por acuerdo en junta médica.

Artículo 13. El médico usará los métodos y medicamentos a su disposición o alcance, mientras subsista la esperanza de aliviar o curar la enfermedad. Cuando exista diagnóstico de muerte cerebral, no es su obligación mantener el funcionamiento de otros órganos o aparatos por medios artificiales.

Artículo 14. El médico no intervendrá quirúrgicamente a menores de edad, a personas en estado de inconsciencia o mentalmente incapaces, sin la previa autorización de sus padres, tutores o allegados, a menos que la urgencia del caso exija una intervención inmediata.

Artículo 15. El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente.

Artículo 16. La responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento no irá más allá del riesgo previsto.

El médico advertirá de él al paciente o a sus familiares o allegados.

Artículo 17. La cronicidad o incurabilidad de la enfermedad no constituye motivo para que el médico prive de asistencia a un paciente.

Artículo 18. Si la situación del enfermo es grave el médico tiene la obligación de comunicarle a sus familiares o allegados y al paciente en los casos en que ello contribuye a la solución de sus problemas espirituales y materiales.

Artículo 19. Cuando la evolución de la enfermedad así lo requiera, el médico tratante podrá solicitar el concurso de otros colegas en Junta Médica, con el objeto de discutir el caso del paciente confiado a su asistencia. Los integrantes de la Junta Médica serán escogidos, de común acuerdo, por los responsables del enfermo y el médico tratante.

Artículo 20. El médico tratante garantizará al enfermo o a sus allegados inmediatos responsables el derecho de elegir al cirujano o especialista de su confianza.

Artículo 21. La frecuencia de las visitas y de la Juntas Médicas estará subordinado a la gravedad de la enfermedad y a la necesidad de aclarar el diagnóstico, mejorar el tratamiento o satisfacer el deseo expresado por el enfermo o sus familiares.

Artículo 22. Siendo la retribución económica de los servicios profesionales un derecho, el médico fijará sus honorarios de conformidad con su jerarquía científica y en relación con la importancia y circunstancias de cada uno de los actos que le corresponda cumplir teniendo en cuenta la situación económica y social del paciente, y previo acuerdo con éste o sus responsables.

Artículo 23. En caso de urgencia, la asistencia médica no se condiciona al pago anticipado de honorarios profesionales.

Artículo 24. En las Juntas Médicas los honorarios serán iguales para todos los participantes.

Artículo 25. Cuando quiera que se presenten diferencias entre el médico y el paciente con respecto a los honorarios, tales diferencias podrán ser conocidas y resueltas por el Colegio de Médico correspondiente.

Artículo 26. El médico no prestará sus servicios profesionales a personas de su familia o que de él dependan en casos de enfermedad grave o toxicomanía, salvo en aquellas de urgencia o cuando en la localidad no existiere otro médico.

Capítulo II

De las relaciones del médico con sus colegas.

Artículo 27. (Declarado inexecutable)

Artículo 28. El médico que reciba la atención a que se refiere el artículo anterior, ya sea personalmente o para alguna de las personas señaladas, deberá pagar los insumos correspondientes, como vacunas, exámenes de laboratorio, estudios radiográficos, yesos, etc.

Parágrafo. El médico podrá conceder tarifas especiales a los miembros de las profesiones afines a la suya, y sólo podrá establecer consultas gratuitas para las personas económicamente débiles.

Artículo 29. La lealtad y la consideración mutuas constituyen el fundamento esencial de las relaciones entre los médicos.

Artículo 30. (Declarado inexecutable).

Artículo 31. Todo disentimiento profesional entre médicos será dirimido por la Federación Médica Colombiana, de conformidad con las normas de la presente Ley.

Parágrafo. La Federación Médica Colombiana señalará mecanismo mediante el cual

Colegios Médicos se ocuparán de la atención de las solicitudes que se presenten en desarrollo de este artículo.

Artículo 32. (Declarado inexecutable).

Capítulo III

De la prescripción médica, la historia clínica, el secreto profesional y algunas conductas.

Artículo 33. Las prescripciones médicas se harán por escrito, de conformidad con las normas vigentes sobre la materia.

Artículo 34. La historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado, sometido a reserva, que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la ley.

Artículo 35. En las entidades del Sistema Nacional de Salud la Historia Clínica estará ceñida a los modelos implantados por el Ministerio de Salud.

Artículo 36. En todos los casos la Historia Clínica deberá diligenciarse con claridad.

Cuando quiera que haya cambio de médico, el reemplazado está obligado a entregarla, conjuntamente con sus anexos, a su reemplazante.

Artículo 37. Entiéndese por secreto profesional médico aquello que no es ético o lícito revelar sin justa causa. El médico está obligado a guardar el secreto profesional en todo aquello que por razón del ejercicio de su profesión haya visto, oído o comprendido, salvo en los casos contemplados por disposiciones legales.

Artículo 38. Teniendo en cuenta los consejos que dicte la prudencia, la revelación del secreto profesional se podrá hacer.

- a) Al enfermo en aquello que estrictamente le concierne y convenga;
- b) A los familiares del enfermo, si la revelación es útil al tratamiento.
- c) A los responsables del paciente, cuando se trate de menores de edad o de personas mentalmente incapaces;
- d) A las autoridades judiciales o de higiene y salud, en los casos previstos por la ley;
- e) A los interesados, cuando por defectos físicos irremediables o enfermedades graves infecto-contagiosas o hereditarias, se pongan en peligro la vida del cónyuge o de su descendencia.

Artículo 39. El médico velará porque sus auxiliares guarden el secreto profesional.

Artículo 40. Está prohibido al médico en ejercicio recibir beneficios comerciales de farmacias, laboratorios, ópticas, establecimientos ortopédicos y demás organizaciones o instituciones similares encargadas del suministro de elementos susceptibles de prescripción médica.

Artículo 41. El médico no debe aceptar o conceder participaciones por la remisión del enfermo.

Capítulo IV

De las relaciones del médico con las instituciones.

Artículo 42. El médico cumplirá a cabalidad sus deberes profesionales y administrativos, así como el horario de trabajo y demás compromisos a que esté obligado en la institución donde preste sus servicios.

Artículo 43. El médico que labore por cuenta de una entidad pública o privada no podrá percibir honorarios de los pacientes que atienda en esas instituciones.

Artículo 44. El médico no aprovechará su vinculación con una institución para indicar al paciente a que utilice sus servicios en el ejercicio privado de su profesión.

Artículo 45. El médico funcionario guardará por sus colegas y personal paramédico subalterno, la consideración, aprecio y respeto que se merecen, teniendo en cuenta su categoría profesional, sin menoscabo del cumplimiento de sus deberes como superior.

Capítulo V

De las relaciones del médico con la sociedad y el Estado.

Artículo 46. Para ejercer la profesión de médico se requiere:

- a) Refrendar el título respectivo ante el Ministerio de Educación Nacional;
- b) Registrar el título ante el Ministerio de Salud;
- c) Cumplir con los demás requisitos que para los efectos señalen las disposiciones legales.

Parágrafo. El Ministerio de Salud expedirá a cada médico un carné o tarjeta profesional que acredite su calidad de tal y enviará mensualmente a la Federación Médica Colombiana una relación completa de los profesionales registrados,

identificándolos con el número correspondiente a su tarjeta profesional.

Artículo 47. Es obligatoria la enseñanza de la Ética Médica en las facultades de Medicina.

Artículo 48. El médico egresado de universidad extranjera que aspire a ejercer la profesión en el país, revalidará su título de conformidad con la ley.

Artículo 49. Constituye falta grave contra la ética, sin perjuicio de las sanciones administrativas, civiles o penales a que haya lugar, la presentación de documentos alterados o el empleo de recursos irregulares para el registro de título o para la inscripción del médico.

Artículo 50. El certificado médico es un documento destinado a acreditar el nacimiento, el estado de salud, el tratamiento prescrito o el fallecimiento de una persona. Su expedición implica responsabilidad legal y moral para el médico.

Artículo 51. El texto del Certificado Médico será claro, preciso, ceñido estrictamente a la verdad, y deberá indicar los fines para los cuales está destinado.

Artículo 52. Sin perjuicio de las acciones legales pertinentes, incurre en la falta grave contra la ética el médico a quien se comprobare haber expedido un certificado falso.

Artículo 53. El médico no permitirá la utilización de su nombre para encubrir a personas que ilegalmente ejerzan la profesión.

Artículo 54. El médico se atenderá a las disposiciones legales vigentes en el país, y a las recomendaciones de la Asociación Médica Mundial, con relación a los siguientes temas:

1°. Investigación biomédica en general.

2°. Investigación terapéutica en humanos; aplicación de nuevas tecnologías, tanto con fines de diagnósticos, tales como biopsias cerebrales, o bien con fines terapéuticos, como es el caso de algunos tipos de cirugía cardio-vascular y psicocirugía y experimentación en siquiatría y sicología médica y utilización de placebos.

3°. Transplante de órganos; organización y funcionamiento de bancos de órganos y tejidos, producción, utilización y procesamiento de sangre, plasma y otros tejidos.

4°. Diagnóstico de muerte y práctica de necropsias.

5°. Planificación familiar.

6°. Aborto.

7°. Inseminación artificial.

8°. Esterilización humana y cambio de sexo.

9°. Los demás temas de que se ocupen las disposiciones legales vigentes sobre la materia o las recomendaciones de las Asambleas de la Asociación Médica Mundial.

Parágrafo Primero. En caso de conflicto entre los principios o recomendaciones adoptadas por la Asociación Médica Mundial y las disposiciones legales vigentes, se aplicarán las de la legislación colombiana.

Parágrafo segundo. Las personas que se encuentren privadas de la libertad no podrán ser utilizadas con propósitos de investigación científica, en contra de su voluntad.

Parágrafo tercero. El médico no deberá favorecer, aceptar o participar en la práctica de la tortura o de otros procedimientos crueles, inhumanos o degradantes, cualquiera sea la ofensa atribuida a la víctima, sea ella acusado o culpable, cualesquiera sean sus motivos o creencias, y en toda situación, conflicto armado y lucha civil, inclusive.

Capítulo VI

Publicidad y propiedad intelectual.

Artículo 55. Los métodos publicitarios que emplee el médico para obtener clientela deben ser éticos.

Artículo 56. El anuncio profesional contendrá únicamente los siguientes puntos:

- a) Nombre del médico;
- b) Especialidad, si éste le hubiere sido reconocido legalmente;
- c) Nombre de la universidad que le confirió el título;
- d) Número de registro en el Ministerio de Salud;
- e) Dirección y teléfono del consultorio y de su domicilio.

Parágrafo. Cuando el anuncio de que se trata el presente artículo se refiere a un centro médico o a una asociación de profesionales, en él debe aparecer el nombre del Gerente, Administrador o responsable del grupo, con los datos correspondientes a los numerales a), c) y d) del presente artículo.

Artículo 57. La mención de títulos académicos, honoríficos, científicos, o de cargos

desempeñados, solamente podrá hacerse en publicaciones de carácter científico.

Artículo 58. Todo anuncio profesional deberá ser inspeccionado por el respectivo Colegio Médico, quien podrá ordenar su modificación o retiro cuando lo estime pertinente.

Artículo 59. La difusión de los trabajos médicos podrá hacerse por conducto de las publicaciones científicas correspondientes.

Es contrario a la ética profesional hacer su divulgación en forma directa y anticipada por medio de la persona no especializada, la radiotelefonía, televisión o cualquier otro medio de información.

Artículo 60. El médico no auspiciará en ninguna forma la publicación de artículos que no se ajusten estrictamente a los hechos científicos debidamente comprobados o que los presenten en forma que induzca a error, bien sea por el contenido o los títulos con que se presentan los mismos.

Artículo 61. El médico tiene el derecho de propiedad intelectual sobre los trabajos que elabore con base en sus conocimientos intelectuales, y sobre cualquiera otros documentos, inclusive historias clínicas, que reflejen su criterio o pensamiento científico.

TITULO III

Órganos de control y régimen disciplinario.

Capítulo I

De la Federación Médica y los Tribunales Etico-Profesionales.

Artículo 62. Reconócese a la Federación Médica Colombiana como institución asesora y consultiva del Gobierno Nacional.

Artículo 63. Créase el Tribunal Nacional de Ética Médica con sede en la capital de la República, con autoridad para conocer de los procesos disciplinarios ético-profesionales que se presenten por razón del ejercicio de la medicina en Colombia.

Artículo 64. El Tribunal Nacional de Ética Médica estará integrado por cinco profesionales de la medicina elegidos por el Ministerio de Salud de una lista de diez candidatos, los cuales cuatro serán propuestos por la Federación Médica Colombiana, tres por la Academia Nacional de Medicina y tres representantes de la Facultades de Medicina legalmente aprobadas, propuestos por éstas.

Parágrafo. El Ministerio de Salud, cuando lo considere conveniente podrá solicitar a la Federación Médica Colombiana, a la Academia Nacional de Medicina y a las Facultades de Medicina el envío de nuevas listas.

Artículo 65. Para ser miembro del Tribunal Nacional de Ética Médica se requiere:

- a) Gozar de reconocida solvencia moral o idoneidad profesional;
- b) Haber ejercido la medicina por espacio no inferior a quince años o haber desempeñado la cátedra universitaria en Facultades de Medicina legalmente reconocidas por el Estado, por lo menos durante cinco años.

Artículo 66. Los miembros del Tribunal Nacional de Ética Médica serán nombrados para un período de dos años, pudiendo ser reelegidos y tomarán posesión de sus cargos ante el Ministerio de Salud.

Artículo 67. En cada Departamento Intendencia o Comisaría se constituirá un Tribunal Seccional Etico-Profesional.

Artículo 68. El Tribunal Seccional de Ética Médica estará integrado por cinco profesionales de la medicina elegidos por el Tribunal Nacional de Ética Médica, de conformidad con lo establecido en el artículo 73, escogidos de listas presentadas por los Colegios Médicos correspondientes cuyo número en cada caso no podrá ser inferior a diez profesionales, salvo cuando en el respectivo territorio no existiere este número con el lleno de las calidades que más adelante se señalan.

Artículo 69. Para ser miembro del Tribunal Seccional de Ética Médica se requiere:

- a) Gozar de reconocida solvencia moral e idoneidad profesional;
- b) Haber ejercido la medicina por espacio no inferior a diez años, o durante por lo menos cinco años haber desempeñado la cátedra universitaria en Facultades de Medicina legalmente reconocidas por el Estado.

Artículo 70. Los miembros de los Tribunales Seccionales de Ética Médica serán nombrados para un período de dos años, pudiendo ser reelegidos y tomarán posesión de sus cargos ante la primera autoridad política del lugar, o ante aquellas en quien ésta delegarse la facultad de adelantar la diligencia.

Artículo 71. Los miembros de los Tribunales Etico-Profesionales Nacionales y Seccionales deberán pertenecer, si fuere posible, a diferentes especialidades médicas.

Artículo 72. El Tribunal Nacional de Ética Médica enviará, en las oportunidades en que elija Tribunales, los nombres de sus integrantes al Ministerio de Salud para que, si lo considera conveniente, manifieste su oposición al nombramiento de cualquiera de los miembros del Tribunal sometido a su consideración. El nombramiento se entenderá perfeccionado y considerado en firme si pasado treinta días hábiles, contados a partir de

la fecha de recibo de la consulta por parte del Ministerio, éste no se hubiere pronunciado sobre el particular.

Artículo 73. Los Tribunales Etico-Profesionales, en ejercicio de las atribuciones que se les confiere mediante la presente ley, cumplen una función pública, pero sus integrantes por el solo hecho de serlo, no adquieren el carácter de funcionarios públicos.

Capítulo II

Del proceso disciplinario Ético-Profesional.

Artículo 74. El proceso disciplinario Ético-Profesional será instaurado:

- a) De oficio, cuando por conocimiento cualesquiera de los miembros del Tribunal se consideren violadas la normas de la presente Ley;
- b) Por solicitud de una entidad pública o privada o de cualquier persona.

En todo caso deberá presentarse, por lo menos, una prueba sumaria del acto que se considere reñido con la Ética Médica.

Artículo 75. Una vez aceptada la denuncia, el Presidente del Tribunal designará a uno de sus miembros para que se instruya el proceso disciplinario y presente sus conclusiones dentro de un término no superior a quince días hábiles.

Artículo 76. Si en concepto del Presidente del Tribunal o del profesional instructor, el contenido de la denuncia permite establecer la presunción de violación de normas de carácter penal civil o administrativos, simultáneamente con la instrucción del proceso disciplinario, los hechos se pondrán en conocimiento de la autoridad competente.

Artículo 77. En todos los casos en que el profesional instructor o el profesional acusado lo consideren indispensable o conveniente, podrán asesorarse de abogados titulados.

Artículo 78. Cuando la naturaleza del asunto así lo exija, el instructor podrá solicitar al Tribunal la ampliación del término señalado para presentar el informe de conclusiones. En tales casos la prórroga que se conceda no podrá exceder de quince días hábiles.

Artículo 79. Presentado el informe de conclusiones; el Tribunal en pleno se ocupará de su conocimiento dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha de su presentación, y podrá si lo considera conveniente, solicitar la ampliación del informativo señalando término para los efectos, el cual en ningún caso podrá ser superior a quince días.

Artículo 80. Estudiado y evaluado por el Tribunal el informe de conclusiones, se tomará

cualquiera de las siguientes decisiones:

- a) Declarar que no existe mérito para formular cargos por violación de la ética médica en contra del profesional acusado;
- b) Declarar que existe mérito para formular cargos por violación de la ética médica, caso en el cual, por escrito, se le hará saber así al profesional inculcado, señalando claramente los actos que se le imputan y fijando fecha y hora para que el Tribunal en pleno lo escuche en diligencia de descargos.

Parágrafo. La diligencia de descargos no podrá adelantarse antes de los diez días hábiles, ni después de los veinte, contados a partir de la fecha de recibo de la comunicación en el cual se señalan los cargos, salvo en los casos de fuerza mayor.

Artículo 81. Practicada la diligencia de descargos, el Tribunal podrá solicitar la ampliación del informativo, fijando para ella un término no superior a quince días hábiles, o pronunciarse de fondo dentro del mismo término, en sesión distinta a la realizada para escuchar los descargos.

Parágrafo. En los casos de ampliación del informativo como consecuencia de la diligencia de descargos, la decisión de fondo deberá tomarse dentro de los quince días hábiles siguientes al plazo concedido para la práctica de dicha diligencia.

Artículo 82. En lo no previsto en la presente Ley, se aplicarán las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal.

Capítulo III **De las sanciones.**

Artículo 83. A juicio del Tribunal Ético Profesional, contra las faltas a la ética médica, de acuerdo con su gravedad o con la reincidencia en ellas, proceden las siguientes sanciones:

- a) Amonestación privada;
- b) Censura, que podrá ser;
 - 1°. Escrita pero privada.
 - 2°. Escrita y pública.
 - 3°. Verbal y pública.
- c) Suspensión en el ejercicio de la medicina, hasta por seis meses;
- d) Suspensión en el ejercicio de la medicina, hasta por cinco años.

Artículo 84. El Tribunal Seccional Ético Profesional es competente para aplicar las sanciones a que se refieren los literales a), b) y c) del artículo 83 de la presente Ley, Cuando, a su juicio, haya mérito para aplicar la suspensión de que trata el literal d) del

artículo 83 dará traslado, dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha del pronunciamiento de fondo al Tribunal Nacional para que se decida.

Artículo 85. Cuando la sanción consistente en la suspensión de que trata el literal d) del artículo 83 sea enviada por el Tribunal Seccional al Nacional para que decida, y este último considere que no hay lugar a su aplicación, devolverá al primero el informativo con el pronunciamiento en que fundamentó su decisión, a fin de que éste proceda a tomar la determinación de su competencia.

Artículo 86. De cada una de las sesiones del Tribunal se dejará por parte de la Secretaría, constancia en actas que se incorporarán al informativo y que serán suscritas por el Presidente del Tribunal, el Secretario y el declarante, si fuere el caso.

Artículo 87. En contra de las sanciones consistentes en amonestación privada o censura, únicamente es procedente el recurso de reposición ante el respectivo Tribunal, dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha de su notificación.

Artículo 88. La sanción consistente en la suspensión en el ejercicio de la medicina es susceptible del recurso de reposición para ante el Tribunal que la impuso, dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha de su notificación, o del que apelación para ante el Tribunal Nacional de Ética Médica, dentro del término.

Artículo 89. La sanción consistente en la suspensión de que trata el literal d) del artículo 83, sólo podrá ser impuesta por el Tribunal Nacional Ético Profesional, y en su contra son procedentes los recursos de reposición para ante el mismo Tribunal, dentro de los treinta días hábiles siguientes a la fecha de notificación de la sanción, o el subsidiario de apelación para ante el Ministerio de Salud, dentro del mismo término.

Artículo 90. Los recursos de reposición y apelación que se interpongan en contra de cualquiera de las providencias a que se refiere la presente Ley estarán destinados a que aquéllas se aclaren modifiquen o revoquen.

Artículo 91. El Ministerio de Salud, oído el concepto de la Federación Médica Colombiana, señalará la remuneración que corresponda a los miembros de los Tribunales Ético Profesionales y demás personal auxiliar.

Artículo 92. El Gobierno Nacional incluirá en el proyecto de presupuesto de gasto correspondiente a cada vigencia las partidas indispensables para sufragar los gastos que demande el cumplimiento de la presente ley.

Artículo 93. Autorízase al Gobierno Nacional para hacer los traslados presupuestales indispensables para dar cumplimiento a la presente Ley.

Artículo 94. Esta Ley regirá desde su sanción.

Dada en Bogota a los quince dias de diciembre de mil novecientos ochenta.

El Presidente del honorable Senado,
JOSÉ IGNACIO DÍAZ GRANADOS

El Presidente de la honorable Cámara
HERNANDO TURBAY TURBAY

El Secretario General del honorable Senado,

AMAURY GUERRERO.

ANEXO No. 3

DECRETO NUMERO 3380 DE 1981 (30 Nov. 1981)
"POR EL CUAL SE REGLAMENTA LA LEY 23 DE 1981"

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA.

En ejercicio de las facultades constitucionales conferidas por el Artículo 120 Numeral 3 de la Constitución Política,

DECRETA:

DEL JURAMENTO

Artículo 1º. Las autoridades académicas o sus delegados que confieren los títulos de médicos, tomarán el juramento médico.

DE LAS RELACIONES DEL MEDICO CON EL PACIENTE

Artículo 2º. En el trabajo institucional el derecho de libre elección del médico por parte del paciente estará sujeto a las posibilidades ofrecidas por cada institución.

Artículo 3º. Para señalar la responsabilidad médica frente a los casos de emergencia o urgencia, entiéndese por ésta todo tipo de afección que ponga en peligro la vida o integridad de la persona y que requiera atención inmediata de acuerdo con el dictamen médico.

Artículo 4º. Con excepción de los casos de urgencia, el médico podrá excusarse de asistir a un enfermo o interrumpir la prestación de sus servicios por las siguientes causas:

- a) Si se comprueba que el caso no corresponde a su especialidad, previo examen general.
- b) Que el paciente reciba atención de otro profesional que excluya la suya sin su previo consentimiento.
- c) Que el enfermo rehuse cumplir las indicaciones prescritas, entendiéndose por éstas no sólo la formulación de tratamiento sino también los exámenes, juntas médicas, interconsultas y otras indicaciones generales que por su no realización afecten la salud del paciente.

Artículo 5º. El médico respetará la libertad del enfermo para prescindir de sus servicios, siempre y cuando el paciente tenga capacidad de manifestar su libre albedrío.

Artículo 6º. Entiéndese por consultorio, el sitio donde se puede atender previamente

al paciente y cuyo objetivo sea la consulta o tratamiento ambulatorio.

Artículo 7º. Se entiende por exámenes innecesarios o tratamientos injustificados:

- a) Los prescritos sin un previo examen general.
- b) Los que no corresponden a la situación clínico-patológica del paciente.

Artículo 8º. Para los efectos del artículo 12 de la Ley 23 de 1981, las instituciones científicas legalmente reconocidas comprenden:

- a) Las facultades de medicina legalmente reconocidas.
- b) Las academias y asociaciones médico-científicas reconocidas por la Ley o el Ministerio de Salud.
- c) La Academia Nacional de Medicina.
- d) Las instituciones oficiales que cumplan funciones de investigación médica y de vigilancia y control en materia médico-científica.

Artículo 9º. Se entiende por riesgos injustificados aquellos a los cuales sea sometido el paciente y que no correspondan a las condiciones clínico-patológicas del mismo.

Artículo 10. El médico cumple la advertencia del riesgo previsto a que se refiere el inciso segundo del artículo 16 de la Ley 23 de 1981, con el aviso que en forma prudente, haga a su paciente o a sus familiares o allegados, con respecto a los efectos adversos que, en su concepto, dentro del campo de la práctica-médica, pueden llegar a producirse como consecuencia del tratamiento o procedimiento médico.

Artículo 11. El médico quedará exonerado de hacer la advertencia del riesgo previsto en los siguientes casos:

- a) Cuando el estado mental del paciente y la ausencia de parientes allegados se lo impidan.
- b) Cuando existe urgencia o emergencia para llevar a cabo el tratamiento o procedimiento médico.

Artículo 12. El médico dejará constancia en la historia clínica del hecho de la advertencia del riesgo previsto o de la imposibilidad de hacerla.

Artículo 13. Teniendo en cuenta que el tratamiento o procedimiento médico pueda comportar efectos adversos de carácter imprevisible, el médico no será responsable por

riesgos, reacciones o resultados desfavorables, inmediatos o tardíos de imposible o difícil previsión dentro del campo de la práctica médica al prescribir o efectuar un tratamiento o procedimiento médico.

Artículo 14. Entiéndese que la obligación a que se refiere el artículo 18 de la Ley 23 de 1981, con relación a los familiares o allegados debe cumplirse sólo cuando éstos se encuentren presentes.

Artículo 15. Entiéndese por junta médica, la interconsulta o la asesoría solicitada por el médico tratante a uno o más profesionales teniendo en cuenta las condiciones clínico-patológicas del paciente.

Artículo 16. Para efectos del artículo 19 de la Ley 23 de 1981 son responsables de enfermo, las personas naturales o jurídicas que figuren como tales en la historia clínica o registros médicos.

Artículo 17. La frecuencia de las visitas médicas y de las juntas médicas estará subordinada a la gravedad de la enfermedad y a la necesidad de aclarar el diagnóstico, mejorar el tratamiento y satisfacer el desde expresado por el enfermo o sus familiares, siempre y cuando corresponda esta solicitud a la condición clínico-patológica de aquel.

Artículo 18. En las juntas médicas los honorarios serán iguales para todos los participantes teniendo en cuenta la situación económica y social del paciente, y previo acuerdo con éste o sus responsables.

Artículo 19. Para los efectos del artículo 26 de la Ley 23 de 1981, son familiares del médico:

El cónyuge, los parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad, segundo grado de afinidad y primero civil.

DE LAS RELACIONES DEL MEDICO CON SUS COLEGAS

Artículo 20. Cuando los pacientes a que se refiere el artículo 27 de la Ley 23 de 1981, estén amparados por un seguro de salud, los honorarios se limitarán al monto reconocido por el sistema de protección.

Artículo 21. No constituyen actos desaprobatorios las diferencias de criterio o de opinión entre médicos que manifestadas en forma prudente surjan de la discusión, análisis y tratamiento del paciente.

Artículo 22. Si el disentiimiento profesional entre médicos tiene contenido ético, la competencia para dirimirlo será de los Tribunales Etico-Profesionales.

DEL SECRETO PROFESIONAL Y OTRAS CONDUCTAS

Artículo 23. El conocimiento que de la historia clínica tengan los auxiliares del médico o de la institución en la cual éste labore, no son violatorios de carácter privado y reservado de ésta.

Artículo 24. El médico velará porque sus auxiliares guarden el secreto profesional, pero no será responsable por la revelación que ellos hagan.

Artículo 25. Para efectos del artículo 40 de la Ley 23 de 1981, no son beneficios comerciales los provenientes de una relación derivada de la vinculación legal o de carácter patrimonial que el médico tenga con los organizadores o instituciones allí señaladas.

DE LAS RELACIONES CON LA INSTITUCIONES.

Artículo 26. El médico que labore por cuenta de una entidad pública o privada no podrá percibir honorarios de los pacientes que atiende en esas instituciones y cuya asistencia está a cargo de las mismas.

DE LOS ÓRGANOS DE CONTROL Y RÉGIMEN DISCIPLINARIO

Artículo 31. Durante los dos (2) meses anteriores a la iniciación de un período del Tribunal Nacional de Ética-Médica, las entidades competentes, enviarán las listas de candidatos al Ministerio de Salud.

Artículo 32. Los tres representantes de las facultades de medicina legalmente aprobadas, serán propuestas por éstas a través de la Asociación Colombiana de Facultades de Medicina, ASCOFAME.

Artículo 33. Los miembros de los Tribunales de Ética-Médica ejercerán sus funciones mientras no sean reemplazados.

Artículo 34. El Tribunal Nacional de Ética-Médica iniciará funciones a partir del 1º de julio de 1982 o desde la fecha que el Ministerio de Salud obtenga la apropiación presupuestal correspondiente.

Artículo 35. Cuando por cualquier causa sea imposible el funcionamiento de un Tribunal Seccional de Ética-Médica, el conocimiento de los procesos corresponderá al que señale el Tribunal Nacional.

Artículo 36. Los Tribunales Seccionales de Ética-Médica iniciarán funciones a partir del 1º de julio de 1982 o desde la fecha que el Ministerio de Salud obtenga la apropiación presupuestal correspondiente.

Artículo 37. Cuando en el Tribunal Nacional o Tribunales Seccionales se produzca vacancia de un o varios de sus cargos, éstos serán provistos para el período restante por uno de los profesionales que figuran en la lista inicial, o, por profesionales escogidos de nuevas listas, a discreción de la persona o entidad que deba hacer el nombramiento o elección.

DEL PROCESO DISCIPLINARIO

Artículo 38. Durante la instrucción del proceso, el profesional instructor practicará todas las pruebas y diligencias que considere necesarias para la investigación.

Los testimonios que deba recibir el profesional instructor se hará bajo la gravedad del juramento en la forma establecida por el Código de Procedimiento Penal.

Artículo 39. Para asesorar al funcionario instructor el Tribunal procederá a seleccionar abogados asesores, quienes serán escogidos por sorteo de listas que elaborará anualmente.

Artículo 40. El inculpado podrá solicitar al instructor las pruebas que considere convenientes, las que se practicarán siempre y cuando sean conducentes dentro de la investigación.

Artículo 41. El escrito en el cual se le hacen saber los cargos al inculpado, deberá notificársele en la forma establecida en el Decreto 2733 de 1959.

Artículo 42. Las actuaciones dentro del proceso disciplinario Etico-Profesional deberán constar por escrito.

Artículo 43. Las decisiones de los Tribunales de Ética-Médica se adoptarán por mayoría absoluta de votos de los profesionales miembros y serán firmados por todos ellos, pero quien no esté de acuerdo con la decisión tomada podrá salvar su voto y así lo hará constar.

Artículo 44. Para poder sesionar los Tribunales de Ética- Médica se requiere la asistencia de la mayoría absoluta de los integrantes.

Artículo 45. En caso fortuito o fuerza mayor, si uno de los integrantes no pudiere asistir a las sesiones de los Tribunales, éste será reemplazado por otro profesional que hubiere hecho parte de la lista de aspirantes a integrarlo y que no hubiera sido escogido; o en su defecto solicitar a la Federación Médica Colombiana, a la Academia Nacional de Medicina y a las facultades de medicina al envío de una nueva lista.

Artículo 46. La notificación del pronunciamiento de fondo se hará personalmente al

profesional acusado de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de cada una de estas decisiones, pasado este término se notificará por medio de edicto.

Artículo 47. En lo no previsto en la Ley 23 de 1981 y su reglamento se aplicarán las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal.

DE LAS SANCIONES

Artículo 48. La amonestación privada consiste en la reprensión privada y verbal que se le hace al infractor por la falta cometida.

Artículo 49. Se entiende por censura la reprobación que se hace al infractor por la falta cometida.

Artículo 50. La censura escrita pero privada se hará mediante la entrega por parte del Tribunal de una copia de la decisión del mismo, al infractor sancionado.

Artículo 51. La censura escrita y pública se aplicará mediante la lectura de la decisión en sala plena del Tribunal y será fijada en lugar visible de los tribunales por diez (10) días hábiles.

Artículo 52. La censura verbal y pública será dada a conocer al infractor, mediante la lectura de la decisión ante el Colegio Médico correspondiente y la fijación de la misma, en lugar visible de la sede de los Tribunales por diez (10) días hábiles.

Artículo 53. Toda decisión del Tribunal Nacional y de los Tribunales Seccionales constará en el informativo.

La decisión que conlleve a imponer como sanción la censura, o la suspensión, será transcrita al profesional sancionado, a los Tribunales Nacionales y Seccionales y si es de carácter público será además fijada en lugares visibles de las sedes de los Tribunales, Ministerio de Salud y de la Federación Médica Colombiana.

Artículo 54. La sanción disciplinaria se aplicará teniendo en cuenta los antecedentes personales y profesionales del infractor y las circunstancias atenuantes o agravantes de la falta.

Artículo 55. La reincidencia del profesional en la comisión de la falta dará lugar por lo menos a la aplicación de la sanción inmediata superior.

Artículo 56. Para los efectos del artículo anterior, entiéndese como reincidencia la comisión de la misma falta, en dos o más ocasiones, durante un período no mayor de un (1) año.

Artículo 57. Son aplicables al proceso disciplinario Etico-Profesional las normas del Código de Procedimiento Penal sobre términos para interponer impedimentos y

recusaciones.

Artículo 58. Para reemplazar en caso de impedimento o recusación de uno o varios de los miembros de los Tribunales de Ética-Médica se hará un sorteo entre los médicos no elegidos integrantes de las últimas lista de candidatos para conformar el respectivo Tribunal.

Artículo 59. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su expedición.

Comuníquese y Cúmplase

Dado en Bogotá, D.E. a los 30 días del mes de Noviembre de 1981.

(Fdo.)

Julio César Turbay

(Fdo.).

Alfonso Jaramillo Salazar- Ministro de Salud.

Diario Oficial N° 35924 de Dic. 30 de 1981.

ANEXO No. 4

PROYECTO DE LEY DE LA REPÚBLICA DE ARGENTINA EXPOSICION DE MOTIVOS

MODELO ORIENTADOR DE LA LEY DE PROTECCIÓN AL MEDICO, CONSIGNANDO LOS DERECHOS QUE LE COMPETEN,

El reconocimiento de los derechos que competen al médico debe ser legislado por medio de una ley expresa y que involucre no sólo obligaciones sino también defensas que podrá oponer ante la intemperancia o elaboración de una demanda.

Dijimos con harta regularidad a lo largo de esta obra que el médico se ve obligado a afrontar contingencias y situaciones a las cuales es muchas veces ajeno, y que llevan el propósito final de lograr ventajas de apreciación pecuniaria y que distan aquellas demandas de coincidir con la relación de hechos.

El reconocimiento expreso de derechos y facultades responsabilizando al tercero, hacedor de controversias, improvisaciones que no pasan de verdaderos dislates, hará menos frecuente la promoción de juicios que, amparados en la formalización de denuncias por mala praxis, ocurren al tribunal en procura de lograr aquiescencia para ver coronados sus propósitos exclusivamente económicos y cuyo destinatario es fatalmente el médico que se abocara a la atención del enfermo.

Muchas veces tales derechos aparecerán como implantados para el favoritismo profesional, pero al detenerse a analizar las acciones por mala praxis promovidas y el número ínfimo de las mismas que adquirieran viabilidad y procedencia, se dará razón a la necesidad de la institucionalización de tales disposiciones que a no dudarlo servirán de freno de contención para aquellas acciones que sólo se caracterizan por su temeridad.

La imposición de penalidades para que aquéllos que con su conducta sean considerados transgresores de la norma, tendrá la elocuencia sancionaria impositiva de su incrementación cuantitativa.

DERECHOS A CONSIGNAR COMO INTEGRATIVOS DE UNA NUEVA LEY

- I) Cualquier demanda promovida contra un profesional médico que no reúna exigencias específicas y que sea indicativa de una distorsión de los hechos en que la misma se ampara, será motivo de una acción compensatoria, la que se admitirá irrestrictamente en sus montos, pero adecuados a las pretensiones del accionante desestimado.
- II) En el caso del artículo anterior podrá el juez interviniente, de manera oficiosa y a petición de parte damnificada, consignar el derecho y monto indemnizatorio.

- 233
- III) Cuando la mendacidad del accionante resulta de su propia presentación, el Juez de la causa deberá pasar las actuaciones al juez penal en turno a efectos de imponer los correctivos punitivos que correspondan a aquel ilícito.
 - IV) Todo profesional médico podrá renunciar al derecho consagrado precedentemente mediante el desistimiento expreso que podrá ser interpuesto en cualquier estadio de la causa.
 - V) El médico se encuentra facultado en casos de extrema urgencia o estado de necesidad a omitir cualquier diligencia enderezada a la obtención del consentimiento para el tratamiento y/o intervención quirúrgica, el que deberá ajustarse a las reglas de la Lex Artis.
 - VI) Cumplidas las exigencias del artículo anterior mediante comprobación suficiente todo reclamo indemnizatorio fundado en mala praxis deberá ser rechazado in limine.
 - VII) Análogo temperamento deberá ser adoptado cuando la acción tenga su promoción en sede penal tendiente a la formación de causa en perjuicio del profesional médico.
 - VIII) Cuando se haya presentado el consentimiento debido y asignado a tratamiento y/o intervención quirúrgica inmediata, se considera a aquél extendido a todo el proceso de atención profesional, lo que no podrá ser objeto de litis, cuando se hayan cumplido los requisitos de la lex artis, abstracción hecha del resultado final, el que no podrá incidir ni gravar la intervención profesional.
 - IX) Cuando el consentimiento no pudiera obtenerse por incapacidad del requerido a prestarlo, el mismo podrá ser presentado por su representante legal con las mismas modalidades y extensión de efectos.
 - X) Toda conducta que contrariñe la presente podrá ser declarada extemporánea y sujeta a las acciones que el médico agraviado podrá impetrar.
 - XI) Cuando se advierta la imposibilidad de reproche penal a la conducta médica cuestionada no procederá sino la desestimación de la denuncia haciendo extensivo tal temperamento a cualquier otra sede donde se pretenda accionar por las mismas causales.
 - XII) La mala praxis para ser procedente debe reunir requisitos inequívocos de una conducta médica incompatible con la ciencia.
 - XIII) En tanto las exigencias precedentes no sean complementadas, la presente ley es presupuesto suficiente para oponerse al progreso de la acción intentada, decretándose la improcedencia de la misma.

- XIV) En caso de prescripción de medicamentos, cuando se trate de error excusable, el que sea valorado por el juez interviniente, los justificativos que aporte tendrán el valor de la excusa dilatoria.
- XV) Cuando la presentación de los hechos consignados en una demanda por mala praxis, en sede civil o penal, adolezca de irregularidades o se distorsionen aquéllos, será fundamento de la estafa procesal que oficiosamente deberá formalizarse mediante la promoción de causa.
- XVI) El médico agraviado podrá reclamar al accionante el resarcimiento pecuniario, el que será fijado de acuerdo a los alcances de aquel agravio.
- XVII) Cuando la demanda por mala praxis presente vicios insanables y que llevan el propósito de un enriquecimiento ilícito, la responsabilidad emergente tendrá el carácter de solidaria entre denunciante y/o letrados patrocinantes del primero.
- XVIII) La acción persecutoria en el caso del artículo precedente podrá ser dirigida contra cualquier de las partes signatarias de la demanda siendo, de su cargo la acción de repetición a que hubiere lugar.
- XIX) Lo precedentemente expuesto no invalida el derecho del médico agraviado a peticionar su reparación en sede penal y por vía de querella por injurias.

ANEXO No. 5

REPÚBLICA DE COLOMBIA**Corte Constitucional****SENTENCIA N° 477 /95****REF.: EXPEDIENTE T-65087****Peticionario: Menor N.N.****Procedencia: Sala Civil del Tribunal Superior de Antioquía.**

-Los niños no son propiedad de nadie: ni son propiedad de sus padres, ni son propiedad de la sociedad. Su vida y su libertad son de su exclusiva autonomía.

TEMAS:

-El consentimiento informado del paciente

-El Derecho a la identidad. Debe respetarse por el Juez en los procesos de jurisdicción voluntaria y por los médicos que no pueden hacer "readecuación de sexo o transformación de órganos sexuales" sin autorización personal del paciente.

-La fuerza vinculante de los Tratados de Derechos Humanos durante la vigencia de la Constitución Nacional de 1886 y 1991.

Magistrado Ponente:**ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO**

Santa Fe de Bogotá D.C. veintitrés (23) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, presidida por el Magistrado Alejandro Martínez Caballero e integrada por los Magistrados Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa,

EN NOMBRE DE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCIÓN

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de tutela identificado con el número de radicación T-65087, adelantado por el Personero Municipal de A. A., quien actuó en representación del menor N. N., contra el médico que le hizo una operación al niño "readecuándole" el sexo, contra el Hospital Universitario San Vicente de Paúl donde se practicó la operación, contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que contribuyó a que la readecuación de sexo se efectuara y contra los padres del menor quienes autorizaron la operación de su hijo.

CAPITULO I

ANTECEDENTES

Con base en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto No. 2591 de 1991, la Sala de Selección correspondiente de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. Episodios que motivaron la acción.

De la prueba aportada en la instancia y de la recepcionada por la Corte se puede hacer este relato:

- 1.1. Según versión de los padres del menor N.N., cuando éste tenía 6 meses, sus progenitores lo dejaron encerrado con una perra pequeña, a la cual "apenas le estaban naciendo los dientes"; al regresar, el padre de su parcela y la madre de recoger leña, encontraron al animal con sangre en el hocico y el niño tenía cercenados el pene y los testículos. Los padres del menor emasculado son campesinos semi-analfabetas, habitantes de una región alejada y subdesarrollada.

Los crudos episodios en la forma como los narraron los padres son calificadas diez años después, en informe interno al I.C.B.F., como fantasía simbólica, y de acuerdo con un concepto de medicina legal, hecho meses después de la época de la mutilación, la herida se produjo posiblemente con instrumento cortopunzante, lo cual trajo como consecuencia la "emasculación con cercenación de sus genitales externos (castración) del menor". Dentro del expediente aparece copia íntegra del proceso penal (que finalizó con auto declarando que no se observa que el hecho constituyera delito) y no hay el menor indicio de que los padres fueran los autores,

por el contrario, al día siguiente del lamentable episodio, a las 7 de la mañana, ellos iniciaron una caminata para llevar al niño desde la montaña hasta el poblado a donde arribaron a las cuatro de la tarde.

- 1.2 El incidente ocurrió el 10 de marzo de 1981 y el 11 de marzo el menor fue trasladado del hospital del municipio al Hospital Universitario San Vicente de Paúl de Medellín, institución donde se le practicó una operación de “meatotomía”, el 21 de abril de 1981. Previamente, el 1º de abril, los padres, dibujan su firma en un escrito que autoriza “cualquier tipo de tratamiento (incluyendo el cambio de sexo) que conlleve a mejorar la situación actual de nuestro hijo”, en realidad, no surge de la prueba que los padres fueran conscientes de la trascendencia del “cambio de sexo”, por el contrario, antes, el 16 de marzo de 1981 en la historia clínica se insinuó por el médico un estudio genético “con fines netamente académicos” y “planear el cambio de sexo en este niño, pues está en la edad adecuada y no es posible en la actualidad reconstruir genitales funcionales”, es decir, primero se proyectó por los médicos el cambio de sexo y luego se obtuvo el permiso de los padres. Parecería que la pobreza de la familia, la ignorancia de los padres, el ambiente social atrasado y un ser humano de escasos seis meses, no ofrecían contratiempo alguno al tratamiento que los médicos iban a practicar y que según se dice se ha repetido en numerosos casos y ha sido defendido por los galenos como lo más adecuado. El propio médico que practicó esta primera operación la califica como RESIGNACIÓN DE SEXO, dentro de la cual, según el médico relata, estos

eran los pasos a dar, estos los resultados que se buscaban y la causa (según él) para el fracaso del experimento:

"... a) explicación exhaustiva a los padres en términos que ellos pudieran entender de que no había recurso médico posible para restituir sus órganos genitales externos. b) Se les explicó igualmente, en términos sencillos, que el niño podía crecer y desarrollarse en el sexo femenino, pero que requeriría una cirugía posterior cuando sus tejidos lo permitieran. c) Se habló con Bienestar Familiar para que si fuere necesario le diera un hogar sustituto a este niño, ya que sus padres eran personas que vivían lejos de cualquier centro urbano y analfabetas (el padre). d) Igualmente se consultó al Departamento de Siquiatría y se presentó el caso ante el grupo multidisciplinario del Hospital que estudia los pacientes que consultan por ambigüedad de sus órganos genitales. E) Una vez conseguida la opinión unánime del grupo se instruyeron los padres sobre la necesidad de cambiar los documentos en la notaría de A.A. y en el despacho parroquial. El niño siguió bajo control en la consulta interna y los padres en el departamento de siquiatría que el proceso de identificación sexual femenino progresaba normalmente se le remodelaron quirúrgicamente sus órganos genitales femeninos. F) En las revisiones posteriores al procedimiento quirúrgico que se hicieron en consulta externa se encontró que la evolución era satisfactoria aunque la comunicación con el paciente era siempre difícil, por lo cual en alguna ocasión los siquiatras pensaron que había algún factor autista (trastorno de la personalidad que le dificulta al paciente comunicarse con el medio). Posteriormente supimos que el paciente había sido ubicado en un albergue de monjas de A. A. Una vez reasignado el sexo, cambiado los documentos de identificación, el proceso de identificación genérica depende en gran parte del medio donde crezca y se desarrolle el niño. En algunas consultas pudimos captar que en el centro donde estaba el paciente había ciertas ambivalencia en el trato que estaba recibiendo, ambivalencia de tipo genérico, pues en algunas ocasiones lo llamaban N. N. Retrospectivamente pensamos que este ambiente inadecuado en el cual vivió el paciente una buena parte de sus años fue el factor causal de su mala identificación con el sexo asignado"

Salta a la vista que fueron los médicos del Hospital quienes propusieron,

impulsaron y desarrollaron la reasignación de sexo que, en sentir de ellos, era lo pertinente.

No era la primera vez que hacían tal clase de experimento; uno de los médicos declaró bajo juramento.

“Desde el año mil novecientos setenta y cinco y como Profesor del Departamento de Ginecología y Obstetricia me ha tocado participar en diferentes grupos con el Dr. Bernardo Ochoa resolviendo problemas de reasignación de género en niñas y en adultas con genitales ambiguos, principalmente en casos de hiperplasia suprarrenal congénita, testículos feminizante y recientemente en casos de transexuales. Es por ello que el problema de este niño atañe a un grupo interdisciplinario de médicos”.

Para este médico, se trataba de un niño asexuado,

“... sin posibilidades de producir en un futuro hormonas masculinas (testosterona) que es la hormona encargada de desarrollar los caracteres sexuales secundarios masculinos desde el principio de la adolescencia, alrededor de los nueve o diez años de edad. Por las características expresadas, este niño estaba condenado a ser una persona con ambigüedad sexual y sabiendo que la identidad sexual de un niño se inicia desde el año y medio a dos años en adelante, es lógico pensar que era necesario tomar una decisión con respecto a su reasignación de su sexo.”

1.3 Retomando la historia:

Desde septiembre de 1981 hasta el 28 de julio de 1986, el menor fue depositado en

la “Casa del Niño Dios”, albergue de monjas. Allí aprendió el niño a caminar, se le dió la orientación propia de una niña, sin que mostrara curiosidad por el sexo, entre otras cosas porque a los infantes se los bañaba solos y se les cubría con una toalla para que nadie los observara. No obstante las rígidas reglas, a las religiosas les causaba extrañeza que el infante “tenía comportamientos de varón en la postura para la micción y en algunos juegos”. La caridad cristiana fue la constante en este tiempo. Entre tanto, los padres hacían correr la voz de que el niño había muerto.

- 1.4 En julio de 1987 se tramita con gran rapidez un proceso de jurisdicción voluntaria que finaliza en septiembre con decisión del Juzgado Promiscuo del Circuito autorizando cambiar el nombre N.N. del menor por el nombre femenino de X.X. Surge del expediente que este aspecto formal de respaldar el sexo en una partida notarial es lo central para algunos funcionarios judiciales y administrativos. Mientras para la familia lo fundamental era que en la fé de bautismo figurara como niña, lo lograron y en tal condición hizo la primera comunión.
- 1.5 Antes de tramitarse ese proceso judicial, el 6 de mayo de 1986, el I.C.B.F. abre historia integral al menor porque la hermana Emilia, directora de la Casa del Niño Dios, se presentó al Centro Zonal debido a que la menor “X.X era varón y le fueron cercenados sus órganos genitales y requiere de tratamiento especial para que quede como una niña”. La Defensora de Menores decreta la ubicación “de la menor” en un hogar sustituto en el barrio Manrique de Medellín, considerando que la menor

X.X., requiere la continuación del proceso de remodelación de sus genitales, de conformidad con la evaluación realizada por un cirujano, adscrito al hospital San Juan de Dios de Antioquía, por ello, se hacia necesaria la ubicación del menor en la ciudad de Medellín, para ser intervenido quirúrgicamente y continuar su tratamiento. Así se escribió en la Resolución de 28 de julio de 1986 del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Pasa, entonces, del cuidado de las monjas al hogar sustituto. Pero antes de que se proferiera la Resolución, el I.C.B.F., el 4 de julio de 1986 busca para el menor una cita médica en el hospital San Vicente de Paúl en Medellín, se señala para el 10 de julio y el galeno conceptúa que “cuando se ubique en Medellín se iniciará el proceso quirúrgico de remodelación de sus órganos genitales”. No obstante, el 23 de agosto de 1986 se deja constancia por el I.C.B.F. que “según el equipo médico del hospital infantil a la menor aún no se le puede hacer la operación, ya que hay que esperar a que llegue a la etapa de la adolescencia, pero está en la sicoterapia”. Entre tanto, el hogar sustituto continúa cumpliendo su específica función: facilitar la disponibilidad del infante para la nueva operación.

- 1.6 El 7 de abril de 1987 se le practica una segunda-operación, de remodelación de genitales externos femeninos y se dice por los médicos que adquirió un “fenotipo femenino”. Según el Hospital, hubo “reasignación de género”. Los médicos siempre sostuvieron que ésto era lo que había que hacer y resaltan que “En este proceso, jugó papel importante el I.C.B.F. al facilitarle todos los medios al menor

para su ubicación en centros y hogares sustitutos, que le permitiera esa continuidad, autenticidad, y coherencia para su adaptación a su género (femenino)”.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar hace la anotación de que los padres del niño dieron la autorización, pero, no hay nada por escrito diferente a lo que suscribieron en 1981; sólo aparece en 1987 una fotocopia borrosa que se refiere a si se autoriza o no la necropsia y si se autoriza o no la extracción de órganos para trasplante. Al solicitársele al hospital que remitieran a la Corte Constitucional fotocopia de la autorización, enviaron la que los padres habían firmado el 1° de abril de 1981.

- 1.7 Ya se dijo que en 1987 el menor estaba bajo el cuidado de la familia sustituta. El I.C.B.F. había hecho entrega del menor el 4 de febrero de 1987 y “durante todo el tiempo requerido para tal proceso (operatorio)”. Egresó el menor del hogar Sustituto y fue entregado nuevamente a sus padres biológicos, el 25 de septiembre de 1989.

Hay que decir que, el 15 de abril de 1987 después de la operación, el menor es dado de alta y el Hospital le efectúa esporádicos controles el 23 de abril de 1987, el 3 de diciembre de 1987, el 7 de julio de 1988, el 15 de diciembre de 1988, el 8 de octubre de 1990. La sicóloga que hoy lo atiende dice que ella encontró que el caso estaba “como archivado”. Quienes lo operaron y luego sostienen alejados

controles, curiosamente se extrañan del fracaso de la "identificación con el sexo asignado".

El 7 de Julio de 1988 se escribió en la historia clínica:

"Lo mejor es dejar crecer más a esta paciente y alrededor de la pubertad cuando se induzca su feminización hormonal se corrigen los defectos remanentes".

Y el 15 de diciembre de 1988 se consignó:

"la vagina está muy baja, esto se puede acercar a uretra, procedimiento que se realizará en edad mayor".

En octubre de 1986 se inicia el tratamiento médico-siquiátrico para acondicionar la conciencia del menor a fin de que se adaptara como mujer. Debe anotarse que comenzó a surgir rechazo de parte del menor.

Aparecen los sicólogos, una de ellas, muy importante en este caso, Lucila Amparo Céspedes, afirma:

"Le apliqué diferentes pruebas psicológicas en las que pudo observarse que tema una identificación masculina". Y comienza a respetársele por ella y luego por los funcionarios del I.C.B.F. tal condición.

No tienen el mismo parecer los médicos quienes protestan por la posición de la sicóloga, defienden su proceder en la *“reasignación del sexo”*.

El Director del hospital de Medellín, lamenta que:

“Todas las actividades desarrolladas por el Hospital Universitario San Vicente de Paúl y el I.C.B.F. tendientes a la obtención de la aceptación del nuevo género lado al menor, fallaron por razón del ambiente en que debió vivir el menor una vez fue reubicado en su familia ... la infortunada intervención de terceros hizo que este paciente perdiera todo el trabajo realizado, teniendo hoy una persona sin una identidad sexual”.

En el mismo sentido se pronunció otro médico del hospital: “Creo que en este caso hubo una falla de la sociedad”. “Fuerzas extrañas a la actividad médica (la sociedad, la familia y las instituciones donde fue educado) no consiguieron construir esa personalidad femenina” y pronostica las “dificultades tan grandes que le trae asumir el sexo masculino”.

Hoy el menor tiene miedo de lo que pudieran continuar haciéndole los médicos. “A él le da temor de la anestesia o que le pueda pasar algo, pero él quiere tener su pene (declaración de la sicóloga). La actitud del menor se traduce también en el rechazo a los medicamentos, aunque hay que anotar que son los médicos del hospital quienes consideran que no se le deben aplicar hormonas masculinas.

La hipótesis que manejan los galenos, es esta:

"Hubiera funcionado mucho mejor como mujer" "La alternativa menos mala es asignarle el sexo femenino". Dentro de este criterio lo lógico era que se lo vistiera de mujer y asumiera comportamientos de tal, incluso cuando el menor llegó a la pubertad se le suministró medicamentos que le permitirían formar pectorales femeninos.

Y, como teoría, el Director del hospital dice:

"La fuerzas Biológicas: En los mamíferos el estado de base femenino, y el sexo masculino sólo se produce si se sobreañade la acción androgénica siendo muy probable que los andrógenos sean necesarios para cada especie, con el fin de que el cerebro se organice en la dirección de la masculinidad, es decir, se configura la conducta masculina.

"Pero de la observación se ha concluido que en la medida en que se asciende en la escala zoológica, la regla general de conducta consiste en una mayor flexibilidad de respuesta ante los estímulos ambientales, y no hay ninguna especie diferente a los humanos que infrinja tan a menudo las reglas en virtud de la cual la masculinidad es propia del varón la femineidad ligada a la hembra. Así las cosas, las fuerzas ambientales contribuyen en grado sumo al desarrollo de la masculinidad y la femineidad.

"En la consolidación de la identidad genérica se plantea el concepto de la identidad genérica nuclear que sirve de base para el proceso de identificación y que se desarrolla en los primeros 18 meses de vida del niño,... éste como un periódico crítico para las decisiones con respecto a la reasignación de géneros posteriores a esa edad, crean muchos problemas en el joven al cual se le practica, excepto en las cirugías de transexuales que tienen un comportamiento diferente a su género y a su sexo dado por los órganos genitales externos.

Ubica el género dentro de un espacio sociológico:

"En resumen, la identidad genérica puede definirse entonces como el sentido de masculinidad o femineidad que tiene un individuo, la convicción de que pertenece al sexo masculino o femenino. Se trata de un estado sociológico de una parte de identidad personal que no es exactamente sinónimo de pertenecer a un sexo determinado sino que, además, incluirá la convicción de esta pertenencia y en los casos de equivocaciones, en la asignación de sexo, la identidad genérica depende más del sexo asignado que el estado biológico real.

"Todos los autores consideran que el desarrollo de la identidad sexual está relacionada con la posibilidad de los poderes para adoptar el sexo asignado con continuidad, autenticidad, coherencia y adaptación a las necesidades del niño; por esta razón la recomendación que obra en la historia clínica dada por el doctor Bernardo Ochoa A. es la de aceptación por parte de la familia y nueva ubicación de la familia si fuere necesario".

Así piensan los médicos del Hospital San Vicente de Paúl en Medellín.

- 1.8. Con el paso del tiempo, la naturaleza del menor comenzó a rebelarse contra los "roles" que le habían impuesto los tratamientos médicos así narra el niño esa situación:

"A mi me operaron cuando estaba pequeñito, me operaron la vagina dizque para ponerme mujer, pero uno grande ya tiene mas pensamiento y decide. Yo decidí ser un hombre, porque hombre era yo desde chiquitico. Yo decidí ser hombre, porque uno es hombre como nació."

El maestro cuenta que el menor le decía:

"Por qué no esperaron a que yo estuviera grande para yo saber lo que

me iban a hacer y hasta poder escoger; pero como uno estaba chiquito, hacían lo que querían con uno”.

El menor se rebeló y exigió el cambio de trato social, de ropa, se negó a tomar las pastillas para aumentar los senos, propició el cambio de denominación entre sus amigos y maestros, aspecto que de acuerdo con los últimos conceptos psicológicos allegados al expediente, permitió el cambio de actitud del menor, “era menos agresivo, se relacionaba con los otros niños, quería jugar con ellos, incluso era el portero del equipo de fútbol...”, por cuanto según una funcionaria del I.C.B.F. el niño “tiene una identidad sexual masculina definida”.

Es en este momento cuando el menor se presenta ante el Personero. “Yo estuve donde él porque me llevaron de Bienestar para allá y conversé con él” y agrega el menor: “el me dijo a mí que si usted quiere ser hombre vamos a ver si de pronto podemos” y se presentó la tutela.

2. Fallo inicial de primera instancia (anulado posteriormente)

Presentada la acción ante la Sala Civil del Tribunal Superior de Antioquia, se profirió sentencia el 24 de febrero de 1995, habiendo prosperado la tutela. Por tal razón se ordenó que el Hospital conformara un grupo interdisciplinario que buscara implantar un pene al menor si fuere posible, se determinó expedir copias para que la Fiscalía investigara si hubo o no ilícito penal y se ordenó la corrección del registro civil y la atención psicológica

por parte del I.C.B.F.

El grupo se conformó, la partida se cambió y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar acudió a una figura: El hogar sustituto especial biológico, o sea, mantener al menor bajo la custodia de su familia biológica y para no desamparar al niño se lo subsidia con una mensualidad para alimentación, transporte al hospital de Medellín, gastos médicos y alguna ropa.

3. Declaratoria de nulidad

Habiendo sido seleccionado el expediente para su revisión en la Corte Constitucional, la Sala Séptima advirtió que en la primera instancia se había llegado al fallo sin que las Entidades Oficiales (I.C.B.F., Juzgado que ordenó el cambio de sexo, Notario que corrigió la partida) se hubieran al menos informado de la existencia de la tutela, como tampoco se notificó a los particulares contra quienes también se dirigía (el médico que practicó la operación, el hospital y los padres del menor). Por esta razón, siguiéndose el criterio adoptado en casos similares se procedió a declarar la nulidad de lo actuado.

Dijo la Sala, en Auto de 20 de abril de 1995:

El procedimiento de tutela tiene como característica fundamental y esencial la de ser un procedimiento especial y breve que garantiza la protección ágil y cierta de derechos y

libertades que la Constitución Política le reconoce a todas las personas. Procedimiento éste que debe regirse bajo principios expresamente consagrados en el artículo 3 del Decreto 2591 de 1991, como el de prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad, eficacia y publicidad. Esto quiere decir que el juez de tutela so pretexto de decidir una solicitud de protección de derechos fundamentales a través de un procedimiento que tiene un carácter sumario e informal, no puede atentar contra derechos que también son amparados por la Constitución.

Como lo ha venido sosteniendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional, cuando una tutela se dirige contra particulares, el juez debe informarles a éstos que se ha iniciado un proceso en su contra y que pueden hacer uso de las garantías que la Constitución Política les otorga. El no hacerlo genera una nulidad de lo actuado por violación al debido proceso, dado el carácter relevante de la omisión. Ha dicho la Corte Constitucional:

“Cuando la tutela es contra particulares hay que hacerles saber a los acusados que el proceso contra ellos se ha iniciado. No se puede argumentar que como en la acción de tutela no es indispensable que haya auto abocando el conocimiento entonces no hay nada para notificar. Hay que acudir a cualquier medio, esto hace parte del principio de la publicidad. Y, si no se hacen las diligencias para la notificación, se viola el principio de derecho de defensa”.¹

Debe hacerse claridad que la acción del juez no está encaminada a exigírsele un resultado a través de la notificación, debido a que su obligación es de medio, esto quiere decir que cuando no puede notificarse personalmente pese a que se acude a un medio expedito y

¹ Auto de abril 15 de 1994. Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero. Expediente T-28441.

eficaz, se continuará la tramitación, así lo explicó la Sala Primera de Revisión, trátase o no de tutela contra particulares:

“La Sala considera pertinente descartar que si tratándose de acciones de tutela dirigidas contra una autoridad pública, las notificaciones deben realizarse por el medio que el juez considere más expedito y eficaz, este principio opera con mayor razón cuando la acción está dirigida contra un particular. El ideal, lógicamente, consiste en la notificación personal de la providencia que admite la demanda de tutela y ordena tramitarla. Pero si esta notificación personal no es posible, en razón de la distancia y el angustioso término de diez (10) días fijados en la Constitución impide el emplazamiento de la persona demandada, tal notificación deberá hacerse por el medio que, siendo expedito y eficaz, asegure o garantice que el demandado tenga un conocimiento real del comienzo del proceso. El juez debe ser especialmente cuidadoso para garantizar el derecho de defensa del particular. Pues una acción de tutela tramitada sin que éste tenga conocimiento real de su existencia, jamás se ajustará al debido proceso”.²

4. Nuevo fallo de primera instancia

Subsanados las irregularidades anotadas, recepcionadas algunas declaraciones y aportada prueba documental importante, se profirió sentencia el 23 de mayo de 1995, por el Tribunal de Antioquía, siendo esta providencia el objeto de la presente revisión.

Principia el fallo por resaltar, en forma categórica, pero en abstracto, la defensa de los derechos del menor; dice que se debe respetar la dignidad de las personas, quienes no pueden ser objeto de trato degradante; explica el concepto de autonomía y defiende el libre desarrollo de la personalidad; agrega un extenso estudio sobre la personalidad

² Auto Septienibre 14 de 1993. Nlagistrado Ponente Dr. Jorge Arango Nieja. Expediente T-16617.

jurídica y su derecho a tener una identidad; explica cuáles son los derechos del paciente frente a las intervenciones quirúrgicas; hace varias citas de tratadistas, entre ellas una que dice que es irrelevante e ineficaz la autorización en varios casos como la eutanasia, el aborto, la modificación de sexo, y otra que dice que en el mundo sólo hay 5 ordenamientos jurídicos que permiten “después de cumplir” muchos requisitos la adecuación sexual”, y remata con un capítulo sobre “El médico y el respeto a la dignidad humana” de la cual se deduce que el cuerpo humano no puede estar sometido a vejámenes y si el médico lo hace viola el juramento Hipocrático, la Declaración de Ginebra y el Código Internacional de Ética Médica.

Tan juicioso estudio, que parecía indicar que prosperaría la tutela, termina concretamente en una resolución que la DENIEGA.

Denegar, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, es no conceder lo que se pide o solicita.

Para llegar a tal negativa, el Tribunal hace este juicio de valor:

“... concluye la Sala que por el contrario, el Hospital actuó con suma diligencia y cuidado y puso a disposición del menor todos los recursos técnicos y humanos de que disponía en ese momento para darle a su caso la mejor solución o la menos gravosa que a la sazón la medicina le podía brindar. Se dice lo anterior, porque no se le podían reimplantar los órganos genitales masculinos que le habían sido cercenados al menor. De haber seguido indefinidamente sin ninguna clase de órganos, se le hubieran presentado las dificultades a que hizo

alusión el cirujano Ochoa Arismendi. Tampoco se podía esperar hasta la edad de la pubertad para la operación de readecuación de sexo que se le hizo a los siete años, por los traumas que el mismo cirujano narró en su declaración. En síntesis, el proceso menos traumático para el desarrollo de la personalidad e identidad futura del menor fue el que se inició en el año novecientos ochenta y uno, y que a la postre fracasó, por razones no propiamente atribuibles al Hospital San Vicente de Paúl de esta ciudad, que no es del caso traer a colación.

Por lo demás, el procedimiento utilizado en el caso del menor no fue precipitado, sino que por el contrario, se llevó a efecto con todo rigor científico que requería, que desde luego, estaba supeditado al éxito o al fracaso según circunstancias externas que se presentaran.

Como colofón de lo que se ha venido exponiendo, concluye la Sala que la acción de tutela no procede contra el Hospital San Vicente de Paúl, m contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, pues con su actuación no violaron los derechos fundamentales del menor, sino que por el contrario, estas entidades procuraron su bienestar, tanto físico como sicológico”.

También exonera de toda responsabilidad a los padres porque:

“Al llegar al Hospital de San Vicente de Paúl se encontraron ante un diagnóstico o recomendación de un grupo interdisciplinario de esta institución, según el cual, lo más adecuado científicamente para el desarrollo futuro de la vida del menor, era la readecuación del sexo. Situados en esta encrucijada, no sólo estas (ignorantes y de bajo estrato social), sino cualquier persona, de cualquier nivel social y cultural hubiera pensado en forma similar, pues se trataba de escoger lo menos perjudicial para el desarrollo integro de la vida del menor hacia un futuro y se contaba con un respaldo científico”

Paradójicamente, aunque la tutela no prosperó se ordenó la corrección de la partida de nacimiento, registrándose al menor como varón y se solicitó al Hospital Universitario de San Vicente de Paúl que conformará un grupo interdisciplinario con el fin de que estudie y desarrolle un tratamiento tendiente a obtener lo que pretende el menor porque:

“Se considera que la sociedad, a través del Hospital, debe seguir prestando la asistencia que requiere el menor”.

Esta es la curiosa situación: se le pide a los médicos de un Hospital y en quienes el menor no confía, que hagan todo lo contrario de lo que aquellos científicamente sostienen y ello con base en una sentencia que negó las pretensiones del menor porque el fallador creyó que los médicos habían hecho lo mejor, es decir, lo que el menor precisamente rechaza.

5. Pruebas practicadas por la Corte Constitucional

Consideró la Sala Séptima de Revisión, mediante auto de 8 de agosto de 1995, que por la trascendencia humana de este caso, los Magistrados integrantes de la Sala de Revisión y el magistrado Auxiliar, se trasladaran al Municipio donde habita el menor para apreciar el contorno social y escuchar al niño y a las personas más cercanas a él. También se creyó necesario contar con opiniones de médicos, sexólogos y de la sicóloga.

5.1 Diligencias practicadas en el Municipio donde vive el menor

En el municipio donde habita el menor y su familia, los Magistrados que conforman la Sala Séptima de Revisión de tutelas, observaron y escucharon las versiones que consideraron pertinentes para mejor proveer dentro de la tutela del menor N.N. En el acta respectiva se hicieron estas apreciaciones:

El contorno social dentro del cual se ha desarrollado la vida del menor se puede describir así: dentro del casco urbano, transcurrieron seis años del menor en un albergue regentado por monjas, caracterizado por espíritu de caridad; el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar critica la escasa atención al mantenimiento de la unidad familiar de los niños que allí se atienden. En los últimos años el menor ha vivido en el campo, pero ha acudido regularmente a las instalaciones del I.C.B.F., en el casco urbano, porque ahí se le brinda la confianza debida y se le presta una colaboración económica a la familia (aproximadamente \$70.000.00 mensuales) dentro de un programa calificado como "hogar sustituto especial". Hoy el ambiente en general es de respeto hacia el menor, cuyo problema es conocido de todos. En los años que ha vivido el menor en su vereda, primero lo hizo en la casa de sus padres, ahora donde un hermano, en una pequeña pieza de adobe que solamente tiene la cama y una radio prestada; el menor ve con buenos ojos su habitación por ser expresión de su independencia. Tanto la casa paterna como las de los hermanos del menor se hallan muy cercanas, dentro de un predio rural de aproximadamente diez fanegadas, en ladera, con escasos siembros de café y maíz, predio que al parecer pertenece al padre y la abuela del menor.

Se trata de una región subdesarrollada, sin mayores fuentes de trabajo; en ella es notorio el maltrato a los niños. Sólo ahora tiene una vía de penetración en construcción que llega a la escuela, donde el menor no ha pasado del primer año, no obstante ser inteligente. En los últimos meses ha sido costumbre del menor no

asistir a clases. Se trata igualmente de una región no alejada de zonas de conflicto. Para trasladarse al casco urbano hay un precario sistema de transporte, en terreno quebrado proclive a los derrumbes, y para llegar a la casa donde vive el menor, hay que transitar, además, un trayecto a pie.

Los comisionados conversaron extensamente con el menor y pudieron observar con atención su personalidad y situación actual. Se trata de un adolescente con presencia ademanes y voz de hombre, lógico en sus respuestas, que rechaza los tratos que se le han dado como mujer, insiste en alejarse del medio donde conocen su problema, le tiene temor a que continúen los médicos con el tratamiento de readecuación de sexo, dice tener amigas, aspira ser profesor, en cierta forma critica a sus padres pero no desea perder el contacto con ellos, aunque expresa que le han hecho pasar hambre y en ocasiones ha sido objeto de maltrato físico.

La madre presenta problemas de comunicación y parece estar afectada de mudez temporal; tiene temperamento fuerte; trajo por escrito un reclamo por haber inconvenientes en la entrega del dinero que les da el I.C.B.F.; aparentemente este es el punto que más la preocupa. El padre no se expresa correctamente, siendo difícil entender lo que dice. Tanto él como ella admiten que su hijo es un hombre

Los maestros veredales expresan que la permanente conducta del menor se orienta a afirmar su hombría a través de agresividad cuando se lo trata como mujer,

hostilidad al medio, expresiones de venganza y anhelos de solucionar pronto, así sea parcialmente, el trauma sufrido. Cuentan que el menor repite: “ya me dañaron”.

La sicóloga formuló apreciaciones muy completas; Principia afirmando que sólo la lógica humana del menor le ha permitido sobrevivir frente al trauma. Dice que el menor maneja mucho temor y prevención, tiene deseo de venganza pero sueña con tener casa y familia, aunque lo domina el sentimiento de soledad; siempre ha confiado en que le pueden implantar un órgano masculino. No se trata de un caso de hermafroditismo, por el contrario, se reafirma su condición masculina y podría aprender a vivir con la amputación; esto último se dificulta en el medio en el cual vive, porque ha sido objeto de curiosidad y la familia del menor es “disfuncional”. Por años (cuando el menor estuvo donde las monjas y en Medellín) los padres decían que el niño había muerto y el nombre de mujer que se le dio lo escogió una enfermera. Objeta el tratamiento dado por los médicos, se alarma porque los médicos piensan que “les dañaron el experimento” y, llama la atención ante el peligro de que se esté atendiendo psiquiátricamente al menor para tratar de rescatar el tratamiento que ellos iniciaron. Agrega que han hecho operaciones médicas con otros niños en parecido sentido, “no se sabe cómo están esas personas”.

Igualmente es de tener en cuenta que en la Notaría Única de la localidad se modificó el registro civil de nacimiento, primero se registro como de sexo masculino, luego como de sexo femenino por orden judicial y, últimamente, por

fallo de tutela, volvió al registro original, como varón.

Similar situación ocurrió respecto al libro de bautismos llevado en la parroquia: el 31 de octubre de 1980 fue bautizado como hombre y figura así en la partida, pero en 1987 aparece en la partida que el 31 de octubre de 1980 fue bautizado como si fuera de sexo femenino, con nombre de mujer.

5.2 Criterios científicos

5.2.1. De la Academia de Medicina en lo que tiene que ver con la solución a la mutilación que sufrió el niño.

“La pérdida del pene en cualquier momento de la vida tiene consecuencias devastadoras. Aún los niños más pequeños saben que ya no son normales y tendrán miedo acerca de su futuro. En el adulto, la pérdida de actividad sexual puede tener consecuencias catastróficas. En los últimos 15 años se ha producido un gran cambio en la reconstrucción del pene a partir de las técnicas antiguas de Gillies y de Borgoraz “de un tubo dentro de un tubo”, pasando por el uso de colgajos musculocutáneos, colgajos de ingle y del área genital hasta las transferencias de colgajos con técnicas microvasculares y con la posibilidad de efectuar la anastomosis nerviosa del nervio sensitivo del colgajo al nervio pudiendo, siendo posible así reconstruir el pene y mantener sus sensibilidad.

“El uso de un pigmento tatuado, implantado en la porción distal del pene, para simular el color normal del glande ha sido de utilidad en algunos casos. La apariencia estética del pene es importante para el paciente y el uso de un colgajo de antebrazo ha permitido resultados finales aceptables.

La fistula uretral y las estenosis parecen ser las complicaciones más frecuentes que ocurren en la reconstrucción del pene.

El sitio del antebrazo que se utiliza para el colgajo es aún un problema desde el punto de vista estético: Muchos pacientes aceptan fácilmente esta deformidad pero se les debe mostrar fotografías de otros pacientes sometidos a este procedimiento, para que conozcan en el preoperatorio la cicatriz que presentará. La búsqueda de un mejor neopene o pseudopene continúa, pero se ha hecho un gran progreso hasta el presente, y este procedimiento en un solo tiempo quirúrgico con resultados predecibles puede ser ofrecido con garantía al paciente cooperador.

El neopene debe tener sensibilidad tanto táctil como erógena y un volumen suficiente para tolerar la inserción de un endurecedor protético. Debe crearse una neouretra adecuada y competente que permita la evacuación de pie. La apariencia estética del neopene no es perfecta, pero sí bastante aceptable. Los avances en la reconstrucción del pene han cambiado la idea de la asignación en los casos de sexo indeterminado al nacimiento o de traumatismo en pacientes de corta edad. En el pasado, a los hombres que sufrían la pérdida del pene por trauma y a los pacientes cuyo sexo no estaba definido científicamente cuyo sexo no estaba definido científicamente o no era determinable, era fácil recomendarles que se convirtieran en mujer. Con los nuevos resultados de la reconstrucción de pene en la actualidad, estas decisiones deben evaluarse en profundidad debido que es posible construir un neopene adecuado para estos pacientes”.

5.2.2. Del sexólogo Alonso Acuña Cañas.

Está en contraposición con la anterior opinión de la Academia de Medicina:

“La hormonas tenidas como prototípicas de uno de los dos sexos, han resultado ser determinantes tal como se ha venido a conocer en la última década en ambos sexos. Tal sucede con la TESTOSTERONA que se ha tenido siempre como patrimonio del sexo masculino y determinante de todas sus conductas. Pues sucede que esto no es así. Por ejemplo, la testosterona influye en el deseo sexual POR IGUAL en hombre y mujeres, y aunque el hombre tenga tasas 12 veces superiores en cantidad a las de la mujer; sin embargo no por ello se podría afirmar que todos los hombres tengan el deseo sexual docenas de veces más intenso que las mujeres pues esto no correspondería a la realidad.

Un ejemplo de muchos que indica la relatividad de los hechos científicos que no por ciertos son exactos.

"Los homosexuales hombres, son individuos que tiene sexo cromosómico XY, sexo morfológico y gonadal masculino y sin embargo muchas de sus conductas y comportamientos son francamente afeminados. Entonces cabe preguntar por qué si estos individuos tienen impregnación testosterónica en su cuerpo y en su cerebro, tienen cromosomas masculinos XY y tienen sexo gonadal y morfológico masculino, sin embargo sus comportamientos son los relativos al sexo femenino? Ni la genética, ni la biología, ni la neurología han podido aun contestar con exactitud esta pregunta, y solo la sociología trata de demostrarse como válida al proponer la enorme influencia de la crianza.

"La experiencia en transexualismo ha mostrado que tratamientos quirúrgicos y hormonales y psicoterapéuticos pueden conseguir resultados biológicos, psicológicos y sexuales, de tal manera que la estructuración biológica no es ineluctablemente determinante en los comportamientos psicosexuales de las personas de tal manera que no puede desconocerse la influencia del factor social. Transexuales y homosexuales tienen sexos cromosómicos definidos, así como gonadales, y sin embargo sus comportamientos psicosexuales no están acordes a estas características.

"En ausencia de testículos, la función endocrina (hormonal) se puede reemplazar, pero la reproductiva es imposible. La construcción de un pene morfológico y fisiológico es un imposible técnico. Nadie lo ha logrado en la historia de la cirugía urológica ni plástica. En veces, remedos ridículos antiestéticos y antifuncionales altamente frustrantes han sido presentados en casos esporádicos luego de cirugías respectivas y engorrosas con los más pobres resultados estéticos, y mínimos o ningunos funcionales erectivos y/o miccionales...

"En la identificación masculina existe el fenómeno denominado "imprinting" que en su mejor traducción sería la de impregnación y/o imprimación. En la parte referente a la relación de la testosterona y el imprinting, aún no se sabe con plena exactitud el momento preciso y exacto en que esto se efectúa. Hasta el momento lo que distinguidos especialistas de fama mundial han determinado y tenido como verdad para sus actuaciones quirúrgicas en 105 caso de intersexo para definir el sexo más apropiado, han estimado que la mejor época para llevar a cabo las operaciones para asignar el sexo morfológico definitivo es la anterior a los 18 meses de edad, pues según estos expertos, el

imprinting testosterónico que determina la masculinidad se efectúa luego de esta edad. Y relatan los mejores resultados ulteriores cuando estas operaciones se han efectuado antes de estas edades, lo cual les sirve como un argumento mas a sus aseveraciones al respecto. El endocrinólogo sexólogo doctor John Money preconizó secundado por muchos autores de fama como los cirujanos urólogos y pediatras Panayotis Kelalis, Lolwel L. King y Barry Belman que el “cambio de sexo” en los estados intersexuales debe hacerse antes de los 18 meses de edad para que se pueda anticipar un buen resultado...

“En el caso que nos ocupa, y con los conocimientos y tendencias de las escuelas quirúrgicas especializadas en vigilancia, este niño fue castrado y emasculado por un animal a los 6 meses, cuando por tanto venía a ser valida a la luz de los conocimientos actuales la conducta quirúrgica asumida. Conducta que la inmensa mayoría -si no todos- los cirujanos urólogos pediatras y cirujanos pediatras, prefieren asumir al sexo femenino, ya que es sabido que quirúrgicamente es inmensamente más viable construir una vulva y vagina funcionales que un pene antiestético y antifuncional.

5.2.3 Otros aspectos:

El cirujano plástico Felipe Caiffman considera que si es posible reconstruir un órgano parecido al pene, sin que ello ocasione secuelas colaterales. Y se adjuntó al expediente un informe científico donde se dice que en Cuba se han efectuado 99 implantes de pene con resultados positivos.

5.2.4. De la sicóloga Lucila Amparo Céspedes

“Se inició nuevamente un proceso de evaluación donde se le aplicaron pruebas psicológicas tales como Test de la figura humana (Machover), Test de la familia, Test Proyectivo (Test de Aperecepción Temática, T.A. T). Bender Clínico (Test de Inteligencia), dibujo libre, y entrevistas clínicas donde se encontró y pudo comprobarse que N.N. se identificaba con el rol masculino, a pesar de lo que el medio externo le

deberán respetar la reserva durante la vida de la persona cuya situación se analiza en este fallo, salvo que aquella, al llegar a la mayor edad lo autorice expresamente.

Es de resaltar que esta medida surge de la protección a la intimidad y del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

CAPITULO II

ASPECTOS JURÍDICOS

7. Competencia

Es competente esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional para proferir sentencia de revisión dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 inciso segundo y 241 numeral noveno de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto No. 2591 de 1991; además, su examen se hace por virtud de la selección que de dicha acción practicó la Sala correspondiente y del reparto que se verificó en la forma señalada por el Reglamento de esta Corporación.

8. Temas jurídicos

El gran interrogante para absolver en esta tutela es:

Fue o es legítima la conducta de las autoridades y de los particulares que participaron en el proceso de readecuación de sexo del menor, a la luz de los artículos 20 de la anterior Constitución, artículo 6° de la actual y, en el caso concreto de los particulares, del artículo 45 del Decreto 2591 de 1991?

Para responder tal pregunta es necesario analizar diferentes aspectos jurídicos:

En primer término, y en lo que tiene que ver con la “readecuación de sexo” o mas propiamente “transformación de órganos sexuales”³ se estudiará lo concerniente al debido y personal consentimiento que debe dar el paciente a los tratamientos siquiátricos y quirúrgicos, salvo las situaciones de urgencia que pongan en peligro la vida. Luego, se analizará la situación concreta del menor, especialmente en lo referente a la autorización que los padres dieron sobre readecuación de sexo. A continuación cabe preguntar: es permitido o no que alguien diferente al paciente autorizara la mutación?. Viene entonces otro interrogante: Los hechos que motivaron esta acción constituyen violación al derecho a la identidad, a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad?.

Se concluirá, para darle piso a algunas de las órdenes que se darán, que la solidaridad es expresión del Estado Social de Derecho que conlleva búsqueda de soluciones para este caso particularmente, que el Estado dará a través de la intervención del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, todo ello enmarcado dentro de las características de la tutela: la eficacia de las órdenes y la protección a los indefensos.

³En la medida que genéticamente se continúa teniendo el género original.

terreno en el tema que nos ocupa: el consentimiento del paciente; y este criterio también fue absorbido por el materialismo francés, de ahí que el “consentiment éclairé” o consentimiento aclarado brota del manantial teórico del SANO SENTIDO COMÚN (bon sens) propio de Locke.

En el ordenamiento constitucional colombiano, el primitivo concepto que reconocía el “respeto de los derechos naturales” (art. 19 de la Constitución de 1886) fue suprimido por el Constituyente de 1936 (art. 9º, convertido luego en artículo 16), no obstante en el Preámbulo de la Constitución Nacional de 1886 se determina que los poderes públicos están constituidos para asegurar los valores materiales de la justicia, libertad y la paz, concepto que fue adoptado como principio fundante en la Constitución Política de 1991.

10. El proceso volitivo

En el terreno jurídico la problemática del consentimiento entre el médico y el paciente no ofrece dificultad alguna en las actitudes cotidianas del acercamiento del enfermo hacia quien hará la curación. Hay en estos eventos un consentimiento rápido e implícito que permite la actuación del médico. El problema del consentimiento adquiere relevancia jurídica cuando, como en el asunto que motiva esta sentencia, está en juego algo demasiado importante como es el sexo de una persona. Por lo tanto, habrá que afirmar que en este caso el consentimiento debe prevenir personalmente del propio paciente, con capacidad plena y aún con el lleno de algún formalismo como sería el consentimiento por

escrito.

En esta situación especial entran en juego todos los elementos del proceso volitivo, el móvil determinante del servicio requerido y hay que tener en cuenta también las situaciones que enturbian o excluyen el consentimiento.

Aunque el tema del consentimiento en la relación médico-paciente había sido especialmente estudiada por los tratadistas de Derecho penal, ahora habrá que darle una dimensión constitucional, porque están de por medio derechos fundamentales.

En el asunto sometido a esta acción de tutela el acuerdo sólo podría ser celebrado entre el médico que ofrecía el tratamiento de readecuación de sexo y el sujeto pasivo con capacidad para aceptar esa POLICITACION. Al recibir la oferta el paciente, principia a formarse la concurrencia de voluntades, y, dada la gravedad del asunto a tratar, sólo cuando el policitante recibe la aceptación del policitado puede decirse que se ha consumado el proceso volitivo. (Esto ha sido llamado desde hace mucho tiempo TEORÍA DE LA INFORMACIÓN).

Anteriormente se consideró que se presumía el consentimiento del paciente cuando el médico actuaba en beneficio de aquél, se llegó al extremo de creer que el consentimiento era irrelevante y el médico debería intervenir aún con la oposición del paciente porque estaba de por medio el deber del socorro. Este criterio fue revisado a fondo y hoy se

acepta que en todo caso debe haber aceptación del paciente.

En la teoría de la información, vista desde el lado del enfermo, como policitado, la respuesta que el médico debe recibir a su ofrecimiento particularmente importante (caso de la readecuación de sexo) debe ser no solo expresa sino por escrito para que no quede la menor duda de que el paciente ha consentido. Por supuesto que se parte de la base de que es plenamente capaz el paciente y que su consentimiento no esta viciado. Jean Penneau dice que solo el consentimiento del enfermo permite la actuación del médico⁶.

11. El consentimiento informado

Dada la distancia científica que generalmente existe entre el médico y el enfermo, lo mínimo que se le puede exigir a aquél es que anticipadamente informe el paciente sobre los riesgos que corre con la operación o tratamiento o las secuelas que quedarían, con la debida prudencia, sin minimizar los resultados pero sin alarmar al enfermo en tal forma que desalentaría el tratamiento; es un equilibrio entre la discreción y la información que solo debe apuntar a la respuesta inteligente de quien busca mejorar la salud, superar una enfermedad o mitigar el dolor.

“Antonio V. Gambaro pone de relieve en relación con el consentimiento que tanto el ordenamiento francés como el ordenamiento americano reconocen la exigencia de que los actos médicos sólo se lleven a cabo en relación con el cuerpo del

⁶JEAN PENNEAU, la responsabilidad medicale, p. 68.

*paciente después de que haya sido informado de las finalidades e ilustrado sobre las ventajas y riesgos de la terapia y, en fin exista el consentimiento expreso. Incluso la terminología con que esta exigencia viene expresada es análoga, se habla de 'informed consent' en U.S.A. y de 'consentement éclairé' en Francia. También las excepciones a la regla del consentimiento del paciente son tan obvias que resultan similares: aparece así mismo homólogo el punto de partida de la problemática del consenso cuya base se encuentra, tanto en Francia como en Estados Unidos, con la antigua idea jurídica y civil de que todo individuo es titular de un derecho exclusivo sobre el propio cuerpo, por lo que cualquier manipulación del mismo sin consentimiento del titular del derecho constituye una de las más típicas y primordiales formas de lo ilícito "*⁷

Esto se ha llamado el CONSENTIMIENTO INFORMADO; no es otra cosa que la tensión constante hacia el porvenir que le permite al hombre escoger entre diversas opciones. Es la existencia como libertad: tomar en sus manos su propio devenir existencial.

12. La urgencia en el tratamiento

En muchas ocasiones el médico se encuentra ante hechos de especial gravedad que convierten en urgente un tratamiento.

En nuestra normatividad, el artículo 3 del Decreto 3380 de 1981 (reglamentario de la Ley 23 del mismo año) establece:

"Para señalar la responsabilidad médica frente a los casos de

⁷ Derecho a la Salud y Constitución Española. Problemática del consentimiento y derecho de rechazo al tratamiento en el ordenamiento jurídico sanitario. ANTONIO PEDREIRA ANDRADE. Conferencia.

emergencia o urgencia, entiéndese por ésta, todo tipo de afección que ponga en peligro la vida o la integridad de la persona y que requiera atención inmediata de acuerdo con el dictamen médico”.

Prevista la urgencia por el propio legislador, el médico tiene la obligación de actuar en defensa de la vida y la integridad de la persona, siendo sustituido el consentimiento del paciente por la realidad objetiva de una intervención necesaria para preservar la vida de la persona, sobre esto no hay la menor duda. La discusión puede surgir en la explicación que se le de al calificativo “integridad de la persona”, esto exige una apreciación rigurosa, objetiva, muy ligada al requerimiento de atención inmediata para evitar un perjuicio irremediable, y en ningún caso debe responder al deseo del médico de efectuar experimentos científicos por publicitados que sean..

En el caso que motiva la presente acción de tutela, hubo dos operaciones: una inicial, la “meatotomía” practicada un mes y diez días después de la mutilación, y, la segunda, de “readecuación de sexo”, seis años después. Luego el calificativo de atención inmediata no vendría al caso, no puede hablarse de una situación de urgencia que pusiera en peligro la vida y que sustituyera el consentimiento del paciente. Y tan es así que los médicos buscaron una previa “autorización” de los padres y sólo después de que por escrito ellos la dieron se procedió a operar. Jurídicamente habrá, entonces, que entrar a estudiar lo que firmaron unos padres de escasa cultura y semianalfabetos: que autorizaban “cualquier tipo de tratamiento (incluyendo el cambio de sexo) que conlleve a mejorar la situación actual de nuestro hijo”.

B. CONSENTIMIENTO DE TRATAMIENTO MEDICO EN EL CASO DE MENORES

- 13. No pueden los médicos practicar la readecuación de sexo de un menor, justificando su actuación con la autorización de los padres del infante.**

Dice el Código Civil.

Artículo 34.- “Llámase infante o niño, todo el que no ha cumplido siete años; impúber el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; adulto el que ha dejado de ser impúber...”

N.N. nació en septiembre de 1980, se le practicó la primera operación a los seis meses, la segunda a los seis años y medio, en ambos casos era un infante.

Ya se dijo que etimológicamente no era dable calificar de urgente la operación. Sin embargo, los médicos opinan que tratándose de readecuación de sexo la mejor época es la anterior a los 18 meses de edad. Sea lo que fuere, la pregunta es: Podían los padres autorizar ese tratamiento que se dice era conveniente hacerlo antes de que el niño cumpliera los 18 meses de edad?

El principio general es que el médico, en un Estado social de derecho, debe contar con el consentimiento informado de su paciente para adelantar tratamientos terapéuticos, ya que

éstos pueden afectar la dignidad humana de éste último. Esto significa que la labor médica no puede orientarse únicamente por la búsqueda de resultados que la ciencia médica considere óptimos, sino que debe respetar la dignidad y la autonomía de los pacientes, tal y como esta Corte ya lo ha reconocido en diversos fallos⁸. Sin embargo, este principio -que tiene fundamento en la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad (CP arts. 1º y 16)-puede entrar en colisión con otros principios constitucionales igualmente importantes, que son relevantes en el caso sub índice, como es la protección que la familia, la sociedad y el Estado deben brindar al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos (CP art. 44). En efecto, ¿qué sucede cuando la persona no está en capacidad de manifestar su consentimiento informado por tratarse de un menor de edad? ¿Pueden en tales eventos decidir los padres por sus hijos, en función de los intereses de estos últimos?

Esta situación muestra que si bien la Constitución opta en principio por un tipo de Estado que es profundamente respetuoso de la dignidad y la autonomía individual, ello no significa que estén totalmente proscritas de nuestro ordenamiento jurídico las llamadas medidas paternalistas, entendiendo “paternalismo” en el sentido filosófico riguroso del término, esto es, como “la interferencia en la libertad de acción de una persona justificada por razones que se refieren exclusivamente al bienestar, al bien, a la felicidad, a las necesidades, a los intereses o a los valores de la persona coaccionada”⁹.

⁸Ver sentencias T-548/92. MP Ciro Angarita Barón; T493/93 MP Antonio Barrera Carbonell; T-401/94 MP Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁹Gerald Dwoekin. “El paternalismo”.

En efecto, en casos determinados, es legítimo que los padres y el Estado puedan tomar ciertas medidas en favor de los menores, incluso contra la voluntad aparente de estos últimos, puesto que se considera que éstos aún no han adquirido la suficiente independencia de criterio para diseñar autónomamente su propio plan de vida y tener plena conciencia de sus intereses. Esto es lo que justifica instituciones como la patria potestad o la educación primaria obligatoria, pues si los menores no tienen capacidad jurídica para consentir, otros deben y pueden hacerlo en su nombre y para proteger sus intereses.

Por ello, en principio los padres pueden tomar ciertas decisiones en relación con el tratamiento médico de sus hijos, incluso, a veces, contra la voluntad aparente de éstos. Sin embargo, ello no quiere decir que los padres puedan tomar, a nombre de su hijo, cualquier decisión médica relativa al menor, por cuanto el niño no es propiedad de sus padres sino que él ya es una libertad y una autonomía en desarrollo, que tiene entonces protección constitucional. Como dice Carlos Nino, “la autonomía de los padres no es la de los hijos”, por lo cual la patria potestad “debe estar dirigida a la formación en el grado máximo posible de la autonomía de los menores, pero no a que esa autonomía sea ejercida de una u otra manera”¹⁰. ¿Cuáles son entonces los límites de decisión de los padres en relación con los tratamientos médicos de sus hijos menores de edad?

¹⁰Carlos Santiago Nino. “La autonomía constitucional” en Cuadernos y Debates. No. 37. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p 67.

La Corte considera que precisamente estos límites derivan de una adecuada ponderación, frente al caso concreto, de los principios en conflicto, esto es, entre el principio de la autonomía, según el cual el paciente debe consentir al tratamiento para que éste sea constitucionalmente legítimo, y el principio paternalista, según el cual el Estado y los padres deben proteger los intereses del menor. Y para ello es necesario tomar en consideración múltiples factores, por lo cual es muy difícil, como esta Corte ya lo había indicado, establecer reglas generales simples y de fácil aplicación para todos los casos médicos¹¹. Con todo, la Corte considera que hay tres elementos centrales a ser considerados en situaciones de esta naturaleza, y que son:

- de un lado, la urgencia e importancia misma del tratamiento para los intereses del menor.

- De otro lado, la intensidad del impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura del niño. Así la doctrina ha establecido una distinción, que esta Corporación ha aceptado, entre intervenciones médicas ordinarias, que no afectan el curso cotidiano de la vida del paciente, e intervenciones extraordinarias, que se caracterizan porque es “notorio el carácter invasivo y agobiante del tratamiento médico en el ámbito de la autonomía personal”, de suerte que se afecta “de manera sustancial el principio de autodeterminación personal”¹². Esto incluye obviamente una ponderación de los

¹¹Ver sentencia T-401/94, fundamento jurídico 3.3

¹²Sentencia T-401/94, fundamento jurídico 3.3

posibles efectos irreversibles de ciertas intervenciones médicas, por cuanto los tratamientos que tienen tal carácter predeterminan, en muchos aspectos, la vida futura del menor.

-Y, finalmente, la edad misma del menor, puesto que no es igual la situación de un recién nacido y la de un adolescente que está a punto de llegar a la mayoría de edad.

En ese orden de ideas, un análisis combinado de esos criterios, nos permite identificar casos extremos. Así, hay tratamientos ordinarios, esto es de poco impacto para la autonomía del niño, y de evidentes beneficios médicos para el mismo. En estos eventos, es claro que los padres pueden decidir por el hijo. Así, ninguna objeción constitucional se podría hacer al padre que fuerza a un niño de pocos años a ser vacunado contra una grave enfermedad. En efecto, a pesar de la incomodidad relativa que le puede ocasionar al infante la vacuna, los beneficios de la misma para sus propios intereses son evidentes.

Por ello es razonable concluir que no se vulnera la autonomía del niño, a pesar de que éste se oponga de momento a la vacuna, por cuanto es lícito suponer que en el futuro, al llegar a la edad adulta, el hijo reconocerá la corrección de la intervención paternal. Se respeta entonces la autonomía con base “en lo que podría denominarse consentimiento orientado hacia el futuro (un consentimiento sobre aquello que los hijos verán con beneplácito, no sobre aquello que ven en la actualidad con beneplácito)”¹³

¹³Gerald Dworkin. Op-cit, p 156.

En cambio, en la hipótesis contraria, no sería admisible constitucionalmente que un padre forzara a su hijo, que está a punto de cumplir la mayoría de edad, a someterse a una intervención médica que afecta profundamente su autonomía, y que no es urgente o necesaria en términos de salud, como una operación de cirugía plástica por mera razones estéticas. En efecto, en este caso el padre está usurpando la autonomía de su hijo y modelando su vida, pues le está imponiendo, de manera agobiante y permanente, unos criterios estéticos que el menor no comparte. En este caso, la medida deja de ser “paternalista” para convertirse en lo que la filosofía ética denomina “perfeccionismo”, esto es, en la imposición coactiva a los individuos de modelos de vida y de virtud contrarios a los que ellos profesan, lo cual obviamente contradice la autonomía, la dignidad y el libre desarrollo de la persona, fundamentos esenciales de nuestro ordenamiento jurídico (CP arts. 1º, 5º y 16).

Como es obvio, entre estos extremos, encontramos múltiples situaciones intermedias que deben ser analizadas, en concreto, para determinar si los padres pueden tomar legítimamente decisiones médicas que afecten a sus hijos. Con base en tales elementos, entra entonces la Corte a analizar si los padres podían autorizar, en este caso concreto, la llamada readecuación de sexo de su hijo.

La respuesta categórica es: NO es posible la “readecuación de sexo”, sin la autorización directa del paciente, por las siguientes razones:

13.1. Los niños no son propiedad de nadie: ni son propiedad de sus padres, ni son propiedad de la sociedad. Su vida y su libertad son de su exclusiva autonomía. Desde que la persona nace está en libertad y la imposibilidad física de ejercitar su libre albedrío no sacrifica aquélla. La tragedia del niño a quien un perro o alguien le cercenó sus genitales externos acerca y no aleja la libertad y el consentimiento. La condición en la cual quedó el menor no destruye sino por el contrario hace más fuerte “la presencia en mí” (frase de Mounier) porque en el fondo de cada existencia hay un núcleo inaccesible para los demás y el sexo forma parte de ese núcleo o cualidad primaria o esencia. El sexo constituye un elemento inmodificable de la IDENTIDAD de determinada persona y sólo ella, con pleno conocimiento y debidamente informada puede consentir en una readecuación de sexo y aún de “género” (como dicen los médicos) porque el hombre no puede ser juguete de experimentos despersonalizados ni tampoco puede su identidad ser desfigurada para que el contorno dentro del cual vive se haga a la idea del “género” que unos médicos determinan con la disculpa de que era lo “menos malo”. En la identidad de las personas no cabe determinismo extraño. Si cupiera, habría que concluir que el infante que nació varón y a quien la decisión paternalista de un grupo médico lo ubica en la sociedad como mujer, tendría necesariamente que convertirse en un ser sumiso y cobarde frente a lo que otros decidieron y tendría que permanecer en el reposo que le señaló una conceptualidad científica extraña y ello desvirtuaría el libre desarrollo de la personalidad que en este aspecto sólo él puede señalarse y por consiguiente cualquier autorización escrita de los padres no es más que un simple

juego de palabras. En conclusión, los padres no pueden permitir que se altere la IDENTIDAD (EN LO SEXUAL) DE SU HIJO. Y los médicos no podían basarse en esa autorización paterna para hacer el tratamiento.

13.2. En el mismo Derecho Romano donde los infantes eran “alieni juris” y era tan arraigado el concepto de **PATRIA POTESTAD**, se valoraba el consentimiento del infante para hacer su condición mejor (major infantia). Ante la situación en la cual se encuentra el menor N.N. sólo él, hoy como menor adulto, puede indicar si acepta o no una intervención quirúrgica que supere o mitigue el destino trágico en que fuerzas extrañas lo ubicaron. Ni los médicos, ni el juez, unilateralmente, pueden decidir que sea hombre o mujer, que tenga o no pene. Si el menor aspira a ser hombre por encima de las dificultades es libre para tomar en sus manos su propio devenir. Y sus padres no pueden ni podían autorizar que unos médicos, que en cierta forma se aprovecharon de la ignorancia de unos campesinos y de circunstancias que posibilitan un experimento, preferenciaran el sexo femenino (que no era el natural del niño) sobre la identidad propia del infante, afectada por una mutilación pero NO destruida en su totalidad; y tan es cierto esto que LA NATURALEZA DEL MENOR SE REBELO y por eso rechazó el tratamiento médico que se le daba y acudió ante el Estado mediante el mecanismo de la acción de tutela para que le amparara su identidad de hombre. No hubo, era culturalmente difícil que la hubiera, una visión lúcida de los padres para comprender que ellos no podían autorizar la renuncia a una identidad sexual de su hijo. Y al hacerlo

propiciaron es optimismo trágico de los médicos que significó en últimas la violación a la dignidad y a la dimensión ética del hombre.

13.3. Otro importante punto es el de saber hasta cuándo se proyectaba en el tiempo la inconstitucional y desdichada “autorización de los padres”, porque ocurre que los médicos dicen haber efectuado la segunda operación en 1987 con el respaldo de la “autorización” dada en 1981 antes de primera operación. Hay que recordar que el menor fue retirado de sus padres y puesto bajo el cuidado de un hogar sustituto con el propósito deliberado de facilitar el experimento de la readecuación de sexo efectuada en 1987. Hubo con esta actuación un abuso de la modalidad del “Hogar Sustituto”; se esquivó así la obligación que tenían los padres de retractarse, se prolongó más allá de lo razonable tan peregrina “autorización” y con un simple papel se contribuyó a desfigurar la identidad de un ser humano, se le impuso una determinación que violaba su dignidad y se soslayó una edad en la vida donde ya es posible tener algunos elementos serios de discernimiento¹⁴. Entonces, hacer valer la “autorización” de 1981 seis años después demuestra más una sospechosa disculpa que un consentimiento jurídicamente serio.

13.4. Además, el paso del tiempo permitía que libremente se escogieran el médico y los siquiatras que de todas maneras requería el menor, puesto que éste no estaba

¹⁴“El querer me pertenece” decía San Pablo. Se hace esta cita porque cuando se efectuó la operación en 1987, El Estado reconocía a la religión católica como la de la Nación.

eternamente ligado a la asistencia profesional de los especialistas del hospital San Vicente de Paúl de Medellín. Este derecho también fue conculcado. Como el tratamiento efectuado en 1987 ocurrió bajo la vigencia de la anterior Constitución, viene al caso recordar la sentencia del 19 de octubre de 1984 que declaró inexecutable los artículos 27 y 30 de la Ley 23 de 1981 que dictó normas en materia de ética médica¹⁵. Dijo la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena:

"Esta disposición (el artículo 30 de la Ley 23/81) cuyo propósito de evitar la competencia desleal y los conflictos entre colegas es claro, no tiene tampoco, sin embargo, fundamento constitucional, pues en aras de esas metas, aunque deseables, pone en peligro la salud y la vida misma del paciente y el derecho constitucional que éste tiene a una y otra. La misma ley, en efecto, garantiza al enfermo el derecho de escoger su médico y de procurarse la asistencia profesional a su voluntad, pues el artículo 40 prescribe que la asistencia médica se fundamentará en la libre elección del médico, por parte del paciente y el artículo 80 ordena que 'el médico respetará la libertad del enfermo para prescindir de sus servicios' nada de lo cual podría cumplirse a cabalidad si no pudiese el que sufre obtener opiniones divergentes". (Subrayas propias).

Salta a la vista el desconocimiento de la libertad del paciente y aún de sus padres en este y otros temas que es necesario ver frente al ordenamiento constitucional integrado con la citada ley 23 de 1981, para concluir que el fallo que se revisa debe ser sustancialmente cambiado.

¹⁵Magistrados Ponentes: Jaime Sanin Greffenstein y Jairo Duque Pérez.

14. Derechos fundamentales violados

Se desarrollarán dentro de este acápite aspectos constitucionales que respondan a las inquietudes que arroja el caso que motiva esta tutela. En primer término, se planteará si hubo o no violación al derecho a la IDENTIDAD, específicamente en lo que tiene que ver con el sexo. Si hubo o no violación a la dignidad o al libre desarrollo de la personalidad.

Este caso plantea por otro aspecto, complejas situaciones objetivas derivadas del tiempo. Por un lado, está lo efectuado en la década pasada cuando la actitud de los médicos, del I.C.B.F., de los funcionarios judiciales, de las religiosas de la caridad, de la comunidad y aún de los mismos padres se orientaron para darle al menor un trato de mujer; aunque esto ocurrió antes de la Constitución de 1991 cuando no existía la acción de tutela, los efectos de la “readecuación de sexo” continúan proyectándose a través del tiempo.

El otro aspecto se patentiza en la presente década cuando la naturaleza del menor se rebela y lucha por su identidad masculina y hay que decir que en esta etapa el menor principia a contar con la aceptación de la comunidad y de sus padres (con las limitaciones obvias del subdesarrollo tan marcado de esa remota región campesina), de los funcionarios judiciales (en cuanto a la identidad jurídica) y del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -I.C.B.F.- en lo referente al trato psicológico como hombre. Sólo los médicos que trataron a N.N. se mantienen hoy en su posición de creer como lo más

adecuado que sea mujer. Todas estas conductas hay que examinarlas a la luz de la Constitución Política de la República de Colombia porque se trata de una acción de tutela donde hay que cotejar los hechos frente a los derechos y deberes fundamentales.

C- DERECHO A LA IDENTIDAD, A LA DIGNIDAD HUMANA Y AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

15. El derecho a la identidad

A continuación de modo singular se aborda el tema del derecho a la identidad, como manifestación del derecho a la dignidad inherente a toda persona humana y que cobra su mayor relevancia en el caso concreto, toda vez que el derecho vulnerado hace parte también de derechos garantizados por los pactos internacionales, desde antes de la Constitución de 1991.

Son derechos fundamentales “que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes, y que lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados”.¹⁶

15.1. La significación del derecho a la identidad, contiene una idea de persona como portadora de derechos subjetivos, la cual y en virtud de elementos inherentes a su naturaleza, requiere su eficaz protección. De otra parte se establece que: “La

¹⁶Ver Truyol y Serra Antonio, Los Derechos Humanos, Editorial Tecnos, 1984, pág.11

condición de persona es la calidad que distingue al hombre de todos los demás seres vivientes”. Tal significado, comporta la concepción de persona en un sentido amplio, dirigido al ámbito que resalte la dignidad de la persona humana. Son todos estos derechos asignados a la persona humana, algo propio en razón de su naturaleza.

El derecho a la identidad, en su estrecha relación con la autonomía, identifica persona como un ser que se autodetermina, se autoposee, se autogobierna, es decir es dueña de sí y de sus actos. Solo es libre quien puede autodeterminarse en torno al bien porque tiene la capacidad de entrar en sí mismo, de ser consciente en grado sumo de su anterioridad, de sentirse en su propia intimidad¹⁷. La persona humana es dueña de si misma y de su entorno.

El derecho a la identidad personal es un derecho de significación amplia, que engloba otros derechos. El derecho a la identidad supone un conjunto de atributos, de calidades, tanto de carácter biológico, como los referidos a la personalidad que permiten precisamente la individualización de un sujeto en sociedad. Atributos que facilitan decir que cada uno es el que es y no otro.

El derecho a la identidad, en cuanto determina al ser como una individualidad,

¹⁷Ver, Ilva Myriam Hoyos, El Concepto de persona y los derechos humanos Universidad de la Sabana, 1991, pág. 128

comporta un significado de Dignidad humana y en esa medida es un derecho a la Libertad; tal reconocimiento permite la posibilidad de desarrollar su vida, de obtener su realización, es decir, el libre desarrollo de su personalidad.

Son todos estos “Derechos naturales o propios de la persona humana, que revisten carácter de fundamentales, en el sentido de primarios o indispensables. La fundamentalidad coincide, con la inherencia a la naturaleza humana”.¹⁸

Es de aclarar que la conclusión de Bidart Campos al hablar de derechos inherentes a la naturaleza humana está fundamentada en el artículo 33 de la Constitución Argentina y en el artículo 29 literal c) del Pacto de San José de Costa Rica, similares al consagrado hoy en el artículo 94 de la Constitución Política de Colombia.

La manifestación del derecho a la identidad, en cuanto hace parte de la dignidad del hombre, exige que en su naturaleza estén presentes los elementos de esta última. En tal sentido Bidart Campos señala también:

*“Hay que admitir que ella es inherente a su ser, a su esencia o naturaleza. O sea, hay que dar por verdad filosófica que el hombre es un ser, que tiene ser, esencia o naturaleza”.*¹⁹

¹⁸Ver, Bidart Campos, German J., Teoría General de los derechos humanos, Editorial Astrea, 1991, pág. 4.

¹⁹Ibidem, pág. 72

16. El derecho a la identidad y el interés jurídico superior del menor

La Asamblea Nacional Constituyente fue particularmente cuidadosa del interés jurídico superior del menor:

“Cuando se dice que los derechos del niño están primero que los derechos de los demás y que cualquier persona puede exigir su cumplimiento, se está primera vez reconociendo el derecho de los vecinos a proteger los niños de su comunidad, denunciando discreta o abiertamente esa enorme cantidad de casos de maltrato que se escuchan y se ven aún sin quererlo, y que hoy no se pueden evitar porque los derechos del niño no han sido reconocidos o priorizados. Muchas violaciones o atentados sexuales, mutilaciones o destrozos físicos o sicológicos se podrán evitar en el futuro gracias a la resuelta determinación de reconocer que la sociedad debe rodear y salvar a los niños, si pretende mejorar sus futuras generaciones...”²⁰

El interés jurídico del menor se manifiesta como aquella utilidad jurídica que es otorgada a un menor con el fin de darle un tratamiento preferencial su naturaleza jurídica está integrada por elementos que de manera alguna pueden desconocerse. Estos elementos constituyen un concepto de aplicación superior que establece elementos de coercibilidad y obligatoriedad de estricto cumplimiento o acatamiento por todos.

El interés superior del menor, en cuanto otorga un tratamiento especial de obligatorio acatamiento por todos, comporta una naturaleza que la lleva a ser determinada “Como una instrumentación jurídica con bases científicas y, por lo

²⁰Ponencia de la Subcomisión Primera, presentada a la Comisión V en la asamblea Nacional Constituyente.

tanto flexible y adaptable a su desarrollo, así como idónea para la organización de un tratamiento digno y protector del menor. Lo que a su vez, permite distinguirla de la tradicional naturaleza jurídica formal de la institución del menor, la cual por lo tanto generaba desajustes con la realidad y, por consiguiente retroceso y perjuicio a los menores de edad, y consecuentemente a los mayores de edad del mañana"²¹.

Es así como el respeto al derecho a la identidad, en cuanto forma parte de ese interés jurídico superior, determina lo que es el actual y posterior desarrollo de la personalidad. En efecto, el derecho a la identidad como manifestación de la dignidad humana es siempre objeto de ese interés jurídico del menor, y en virtud de tal tratamiento" resulta explicable que respecto de los menores de edad siempre exista una relación entre el interés jurídico superior de éstos y/o los intereses jurídicos de otros (que pueden ser los padres o los extraños, la sociedad en general o el Estado, evento en el cual aquél será superior). Es decir ese interés jurídico del menor es siempre superior, porque al estar vinculado con otros intereses, se impone el predominio de aquél."²²

Por consiguiente, al defenderse la individualidad del menor, o en otros términos, su identidad, como un interés jurídico superior, es necesario afirmar que cualquier intromisión efectuada sin su consentimiento, constituyó una vulneración de sus

²¹Laffont Pianetta Pedro, *Compilación legislativa, Doctrinaria y de jurisprudencia relacionada con el menor*, 1994, pág.

²²*Ibidem*, pág. 25.

derechos fundamentales. Pues la superioridad que contiene la naturaleza de este derecho fue precisamente establecida en favor del desarrollo de su personalidad y protección a su dignidad como ser humano.

Otro aspecto sobre el que es indispensable hacer claridad, es que si bien el menor en virtud de su condición estaba sometido a la patria potestad de sus padres, y aún a la de los intereses del propio Estado, no podía condicionarse tal situación, como un menoscabo de su derecho a la identidad, en cuanto éste es un interés jurídico superior ampliamente protegido frente a los intereses de aquellos.

17. El derecho a la identidad y su fundamento la dignidad humana

El derecho a la identidad, y más específicamente a la identidad sexual, presupone la existencia de un derecho constitucional a la Dignidad. Este derecho “Opera aún cuando caduquen los demás derechos personales emergentes de la Constitución”.²³ El derecho a la dignidad, se constituye a su vez en fuente de otros derechos. Razón por la cual, toda violación al derecho a la identidad, es a su vez una vulneración al derecho a la dignidad Humana.

Es bajo tal presupuesto que lo consagrado en el preámbulo de la Carta de Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece la idea de que los

²³OP. Bidart Campos, pág.

derechos humanos fundamentales tienen su raíz en la dignidad y el valor de la persona humana (arts. 1º y 5º), inherentes a su naturaleza.

Como se ve, en el derecho a la identidad la persona es un ser autónomo, con autoridad propia, orientado a fines específicos, que ejerce un claro dominio de su libertad y en consecuencia ninguna decisión tomada sin su consentimiento se torna valida. Tal autonomía, implica a la persona como dueña de su propio ser. La persona por su misma plenitud, es dueña de si, es el sujeto autónomo y libre. En otros términos, el distintivo de ser persona y el fundamento de la dignidad de la persona es el dominio de lo que quiere ser.

Este criterio, nos conduce a señalar cómo la estrecha relación presente entre el derecho a la identidad y el interés autónomo, es garantizado constitucionalmente con una protección distinta y superior a los demás en cuanto al derecho de los niños se refiere y consagrado de manera expresa en la Constitución de 1991.

La dignidad humana supone unos valores básicos, en donde se reconoce que "En el ser humano hay una dignidad que debe ser respetada en todo caso, cualquiera sea el ordenamiento jurídico, político, económico y social, y cualquiera que sean los valores prevalentes en la colectividad histórica". En tal sentido también afirma Peces-Barba "Se trata del derecho a ser considerado, como persona, es decir, como ser de eminente

dignidad”.²⁴

La dignidad, base del derecho a la identidad, le otorga entonces su verdadero sentido, por cuanto establece sus contenidos y alcances lo cual implica una comprensión amplia de su naturaleza.

18. El Reconocimiento Jurídico del Derecho a la Identidad a la luz de los Tratados Internacionales y su incorporación en el orden interno.

Efectuado el análisis anterior, entraremos a revisar en primer término, cómo el Derecho a la Identidad, se encontraba plenamente garantizado durante la vigencia de la Constitución de 1886 y de igual manera en los preceptos constitucionales que inspiraron la filosofía de la Constitución de 1991.

A partir de 1928 la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia otorgó un valor prevalente a los tratados Internacionales sobre el ordenamiento jurídico legal. Normas estas últimas de naturaleza internacional, que por voluntad del Estado Colombiano entraron a formar parte del ordenamiento jurídico con carácter supralegal. Estableciéndose así la fuerza coercitiva de preceptos a los cuales el Estado firmante, tiene el deber de garantizar su plena efectividad. Valor supralegal expresamente contenido en el artículo 93 de la Constitución Política de Colombia y que también tenían

²⁴Ibidem, pág 73

pleno valor suprallegal, como lo reconoció la Corte Suprema de Justicia.

“Agregase a ello -continúa- que esa superioridad ha sostenido como doctrina invariable que “es principio de Derecho Público, que la Constitución y los Tratados Públicos son la ley suprema del país y sus disposiciones prevalecen sobre las simplemente legales que les sean contrarias aunque fuesen posteriores”.²⁵ (Subraya no originales).

Por otra parte el derecho a la identidad en la Constitución de 1886, debe ser mirado a la luz de los bienes " justicia, libertad y paz" ampliamente protegidos por el preámbulo, principios fundantes que coinciden con los valores y principios de los tratados internacionales sobre derechos humanos. El preámbulo se constituye entonces en un sistema de carácter normativo, con fuerza vinculante.

Concepto aceptado por un grupo de magistrados de la Corte Suprema de Justicia que sobre la fuerza vinculante del preámbulo dijo en una ocasión:

...Las Constituciones no tienen su fin en si mismas; son instrumentos para la realización de los valores que una comunidad considera estimables y, entre ellos, el máximo es la justicia; de modo que, cuando se plantea una cuestión de constitucionalidad, el problema no solo es de legalidad formal, de validez lógica, sino esencialmente de justicia, de equidad pues las normas jurídicas solo existen y sirven en tanto permitan hacer vivos esos valores”.

“Si se quiere, por otra, parte vivificar la Constitución, ello exige entender que ella no sólo esta conformada por las normas positivas en que se expresa, sino por los principios implícitos en las mismas y por los valores enunciados como objetivo de su preceptiva; estas son instancias supra, aunque no extraconstitucionales, a las cuales es necesario referir toda interpretación y aplicación de las normas

²⁵Ver, Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Noviembre diez y ocho de mil novecientos treinta
Magistrado Ponente Enrique A Becerra

positiva, y su desconocimiento debe acarrear invalidez, inconstitucionalidad, pues todo lo que sea contrario al derecho, y un control de constitucionalidad que no tenga este enfoque es incompleto y carece de eficacia".²⁶

En otra oportunidad:

"Pues bien debe recordarse que la estructura de la norma jurídica no se da en los ordenamientos siempre en esa forma tan simple y ejemplar, pues su mundo es más complejo y abigarrado, es decir, que la simple morfología de una expresión no es suficiente para realizar el juicio de identificarla como normativa ni para negarle dicho carácter, en efecto, en el derecho positivo hay verdaderas constelaciones de normas cuyo contenido de mandato, prohibición, permisión o condena no se conoce en si misma sino por referencias adicionales a otras normas que determinan la sanción correspondiente, para usar los términos del nuestro Código Civil. Aplicando este concepto al asunto que nos ocupa, se tiene que la invalidación de normas inferiores por ser contrarias a las normas del Preámbulo, sería consecuencia más que suficiente para dar a esta el carácter de norma jurídica, así esta consecuencia no haga parte de la expresión en que consiste dicho Preámbulo sino que resulta de su integración al todo de la Constitución."²⁷

La Corporación desde sus primeras Sentencia señalo:

"Esta Corte, estima indispensable reivindicar la concepción jurídica según la cual el Derecho no se agota en las normas y, por ende, el Constitucional no está circunscrito al limitado campo de los artículos que integran una Carta Política.

El Preámbulo de la Constitución incorpora, mucho más allá de un simple mandato específico, los fines hacia los cuales tiende el

²⁶ Ver, Sentencia No 51 de la Corte Suprema de Justicia, Mayo diez y nueve de mil novecientos noventa y ocho. Magistrados Ponentes Hernado Gómez Otalora y Jaime Sanin Greiffentein.

²⁷ Ver, Salvamento de Voto de los Magistrados Fabio Morón Díaz, Jaime Sanin Greiffenstein, Gustavo Gómez Velásquez, Jairo E Duque Pérez, Lisandro Martínez Zuñiga de la Sentencia No.51 de mayo diecinueve de mil novecientos ochenta y ocho.

ordenamiento jurídico; los principios que inspiraron al Constituyente para diseñar de una determinada manera la estructura fundamental del Estado; la motivación política de toda la normatividad; los valores que esa Constitución aspira a realizar y que trasciende la pura literalidad de sus artículos.

El Preámbulo da sentido a los preceptos constitucionales y señala al Estado las metas hacia las cuales debe orientar su acción; el rumbo de las instituciones jurídicas.

Lejos de ser ajeno a la Constitución, el Preámbulo hace parte integrante de ella. Las normas pertenecientes a las demás jerarquías del sistema jurídico están sujetas a toda la Constitución y, si no pueden contravenir los mandatos contenidos en su articulado, menos aún les está permitida la transgresión de las bases sobre las cuales se soportan y a cuyas finalidades apuntan.

Considera la Corte que la preceptiva constitucional ha sido enderezada por el propio Constituyente a la realización de unos fines, al logro de unos cometidos superiores ambicionados por la sociedad, que cabalmente son los que plasma el Preámbulo y que justifican la creación y vigencia de las instituciones. Quitar eficacia jurídica al Preámbulo, llamado a guiar e iluminar el entendimiento de los mandatos constitucionales para que coincida con la teleología que les da sentido y coherencia, equivale a convertir esos valores en letra muerta, en vano propósito del Constituyente, toda vez que al desaparecer los cimientos del orden constitucional se hace estéril la decisión política soberana a cuyo amparo se ha establecido la Constitución.

Juzga la Corte Constitucional que el Preámbulo goza de poder vinculante en cuanto sustento del orden que la Carta instaura y, por tanto, toda norma -sea de índole legislativa o de otro nivel- que desconozca o quebrante cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios.

Si la razón primera y trascendente del control constitucional no es otra que la de garantizar la verdadera vigencia y supremacía de la Constitución, ese control deviene en utópico cuando se limita a la tarea de comparar entre sí normas aisladas, sin hilo conductor que las armonice y confiera sentido integral, razonable y sólido al conjunto".²⁸

²⁸Sentencia No. C-479/95, Magistrados Ponentes Doctores Alejandro Martínez Caballero y José Gregorio Hernández Galindo.

18.1 Determinado el rango supraconstitucional de los pactos internacionales ratificados por el Congreso, se concluye que es deber del Estado colombiano garantizar la plena vigencia de los derechos humanos. En efecto, esta disposición de orden constitucional, encuentra sustento en los contenidos en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos artículo 2º ord 2º, y del Pacto de Derechos Humanos de San José de Costa Rica artículo 2º.

“Este principio de efectividad encuentra perfecta correspondencia con la normatividad internacional en materia de derechos humanos y; en particular, con los deberes de respeto y garantía que los Estados tienen en este campo. En efecto, la Convención Interamericana y los Pactos de Derechos Humanos de las Naciones Unidas señala que es deber de los Estados no sólo respetar los derechos civiles y políticos sino, además, garantizar, sin discriminación alguna, su libre y pleno goce a toda persona sujeta a su jurisdicción (Convención Interamericana art. 1º; Pacto de derechos civiles y políticos art. 2º ord 1º). Por ello, estos pactos, que han sido todos ratificados por Colombia y por ende prevalecen en el orden interno (CP art. 93), señalan que los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, “las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos (subrayas no originales)” los derechos humanos (Convención Interamericana art. 2º; Pacto de Derechos Civiles y Políticos art. 2º ord 2º). Ahora bien, la Corte Constitucional, en acuerdo con una doctrina muy autorizada en este campo, considera que entre las medidas “de otro carácter” deben incluirse las sentencias de los jueces, y muy particularmente las decisiones de esta Corporación, pues la rama judicial es uno de los órganos del Estado colombiano, y éste se ha comprometido a tomar las medidas que sean necesarias para hacer efectivos los derechos de las personas.”²⁹

El artículo 2º del Pacto de San José de Costa Rica, aprobado en la Conferencia de los Estados Americanos de San José de Costa Rica el 23 de noviembre de 1969, y

²⁹Sentencia C-109/95, Magistrados Ponentes: Dr. Alejandrino Martínez Caballero, Pág. 27

de carácter vinculante en el orden Jurídico Interno de Colombia a través de la ley 16 de 1972, hace explícita la obligación estatal de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, dándole a estos rango directamente constitucional Tal disposición señala:

"Artículo 2o. Deber de adoptar disposiciones del Derecho Interno.

"Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar; con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarios para hacer efectivos tales derechos y libertades."

Las obligaciones que corresponden al Estado son en efecto múltiples, lo cual implica un compromiso colectivo de respeto y garantía de la dignidad humana. "Las obligaciones que asumen son complejas: reconocer tales derechos, garantizarlos frente al propio Estado y particulares, crear las condiciones de goce de una plena titularidad jurídica del ser humano Dar cumplimiento a una obligación compleja sólo podrá realizarlo el Estado, si está inmerso en el sistema interno de normas y garantías legales, con publicidad, obligatoriedad y alcance general".³⁰

"Una segunda consideración de su valor y obligatoriedad intrínseca de

³⁰Ver Espada Luisa María Ramos, El efecto directo y los tratados internacionales suscritos por España, pág 1204.

la naturaleza y contenido del convenio se trata de valores objetivos y vivos que se imponen por la dignidad de la persona humana y cotas progresivas de su personalización social y jurídica".³¹

Hay que adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos humanos.

Por consiguiente, las sentencias de los jueces -como medidas de otro carácter diferentes a las leyes- deben buscar hacer efectivos los derechos reconocidos por los pactos de derechos humanos. Es pues legítimo que los jueces, y en particular la Corte Constitucional, integren a la normatividad, al momento de tomar sus decisiones, los derechos reconocidos en la Constitución y en los Pactos.³²

En tal sentido Bidart Campos señala:

"La Corte tiene la posibilidad de modular de muy diversas maneras los efectos de sus sentencias, pues la Constitución le permite adoptar la modalidad de sentencia que mejor le permite asegurar la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución misma."³³

Corresponde entonces tratándose de una materia de interés vital como los Derechos del Hombre, dar la eficacia jurídica a los Tratados internacionales.

Esto nos permite desarrollar, que el contenido de distintos preceptos vinculantes en tratados internacionales determinaban desde ya, la plena protección del Derecho a

³¹Ibidem.

³²Sentencia C-109/95, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero, Pág 27

³³Bidart Campos, Germán Revista El Derecho, Universidad Católica, Argentina, Buenos Aires, pág 1, julio 6 de 1995.

la identidad, manifestación a su vez de la dignidad humana y garantía del libre desarrollo de la personalidad.

D-LA RELACIÓN VINCULANTE DE LOS PACTOS INTERNACIONALES

Aquí es importante tener en cuenta que toda la humanidad, en la Declaración de Teherán, suscrita por todos los países del mundo determinó la autovinculación de los Estados para hacer efectivo los derechos humanos y consagró:

“Artículo 6º. Los Estado deben reafirmar su firme propósito de aplicar de modo efectivo los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas y en otros instrumentos internacionales en relación con los derechos humanos y libertades fundamentales.”

Así mismo, el artículo 29 del pacto de San José de Costa Rica suscrita el 22 de noviembre de 1969, aprobada mediante la ley 16 de 1972, con depósito del instrumento de ratificación el 31 de julio de 1973 y entrada en vigor el 18 de julio de 1978, establece un criterio amplio de interpretación, en cuanto a los efectos vinculantes que puedan tener otros actos de igual naturaleza. Es en este sentido, que la disposición anota:

Artículo 29. Normas de Interpretación.

Ninguna disposición de la presente convención puede ser interpretada en el sentido de:

.....

c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano, o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración

Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza. (Subrayas no originales).

Hoy, en la Constitución de 1991, tal contenido quedó recogido en el artículo 94 que expresamente perpetúa:

“La enunciación de los derechos y garantías contenidas en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana no figuren expresamente en ellos.”

De un lado, el artículo 29 inciso c) nos permite comprender el efecto vinculante de otros derechos que aun cuando no fueron expresamente recogidos por los pactos internacionales ratificados por Colombia, quedaron implícitamente garantizados en virtud de tal disposición.

En igual forma, el artículo 29 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos al consagrar en su numeral 1 “Toda persona tiene deberes respecto de la Comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad”, así como lo preceptuado en el artículo 29 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, quedan expresamente garantizados por el literal e) del artículo 29 del Pacto de San José de Costa Rica.

La disposición contenida en el literal e) del artículo 29 establece de un lado la expresa prohibición de excluir los derechos inherentes al ser humano y por otra parte otorga un

amplio sentido de interpretación, de los derechos inherentes a la persona, tal significación permite considerar al derecho a la identidad consagrado de manera implícita en todos los pactos o convenios de carácter internacional, y en consecuencia objeto de protección jurídica.

Esta consideración, nos permite afirmar que el derecho a la identidad como derecho inherente a la persona humana para la época de ocurridos los hechos estaba plenamente garantizado, por cuanto la fuerza vinculante de pactos internacionales así lo determinaba al igual que la consagración del derecho a la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad.

En igual sentido, dentro de la protección a la dignidad humana, es de suma importancia retomar lo preceptuado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 22000 del 16 de diciembre de 1966, y que entró en vigor en el orden interno del Estado Colombiano el 2 de marzo de 1976.

Artículo 7º.- “Nadie será sometido a torturas ni penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”. (subrayas no originales).

Así mismo el Pacto de San José de Costa Rica en su artículo 5 consagra:

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

Nadie debe ser sometido a torturas ni apenas o tratos crueles inhumanos o degradantes.....

Toda persona... será tratada con el respeto debido a la dignidad humana.

La prohibición de la tortura, los tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes y la experimentación médica o científica sin el libre consentimiento de la persona, es la manifestación más concluyente de la comunidad internacional por la defensa y conservación de la integridad física y moral del ser humano. “Esta prohibición no sólo está presente en todos los instrumentos sobre derechos humanos, sino que además, no puede ser derogada nunca de los mismos, ni siquiera en caso de emergencia pública”³⁴

De la afirmación anterior se colige que es en virtud del principio ius cogens como se determina la inderogabilidad de norma de carácter internacional. Así lo determina el artículo 64 de la Convención de Viena y el artículo 2 numeral 3 de la Carta de Naciones Unidas.

Artículo 64.

Aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional (“ius cogens”). Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará.

³⁴Karel Vasak, La dimensión Internacional de los derechos humanos. serbal/Unesco, pág 126

Visto lo anterior, resulta de vital interés, revisar como el derecho a la identidad del menor, es también expresamente garantizado por la Convención de los Derechos del Niño, que atendió los criterios recogidos por la Declaración de los Derechos Humanos, y la Declaración de los Derechos del Niño proclamado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959 que estableció.

Principio 6:

El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad necesita de amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material;

En igual forma los distintos preceptos, determinados en la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, establece en su preámbulo:

Considerando que, de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.

Teniendo que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre y en la dignidad y el valor de la persona humana, y que han decidido promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad.

Reconocimiento que las Naciones Unidas han proclamaado y acordado en la declaración universal de derechos humanos y en los pactos internacionales de derechos humanos, que toda persona tiene todos los

derechos y libertades enunciados en ellos, sin distinción alguna, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Teniendo presente que la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los derechos del niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la asamblea general el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño.

Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, “el Niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”.

Artículo 8.

1. Los Estados Partes se comprometen el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin ejercidas ilícitas.

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar; la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

La fuerza vinculante de los tratados de derechos humanos, está garantizada por el control que sobre su efectividad ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya sea por iniciativa de cualquier Estado (artículo 62 Pacto de San José de Costa Rica), o a solicitud de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, previa evaluación de las

denuncias de cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización (art.44 Pacto de San José de Costa Rica).

La decisión de la Corte Interamericana en la protección de los derechos humanos, puede consistir en ordenar que se garantice al lesionado en el goce de sus derechos o libertad conculcados; disponiendo, si ello fuera procedente que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. Y en caso de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. (artículo 63 del Pacto de San José de Costa Rica).

E. EFICACIA DE LA TUTELA EN DEFENSA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

19. La protección de los derechos fundamentales se expresa en órdenes para que la persona o entidad contra quien se dirige “actúe o se abstenga de hacerlo”, indica el artículo 86 de la C.P. Pero ya desde antes, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos se estipuló que para defenderlos “los miembros se comprometen a tomar medidas”. Es importante hacer referencia a ello porque varios de los hechos que motivan esta tutela ocurrieron antes de la Constitución de 1991.

Ya se examinó que en el presente caso se violaron normas del bloque constitucional en 1981 y en 1987 (fechas de las operaciones al niño y del cambio de partida). Habrá entonces que justificar las órdenes a dar, debido a que un buen número de las violaciones fue anterior a la Nueva Constitución.

Hay que distinguir dentro de la decisión que se tornará, en primer lugar, el alcance y fundamento de la orden que se le dará al I.C.B.F. y en segundo lugar, la proyección de la orden hacia el Notario que cumplió lo determinado en el proceso de jurisdicción voluntaria. Y en cuanto a las personas naturales y jurídicas contra quienes también se orientó la tutela (médico, padres del menor, hospital) habrá una orden de abstención, ya decidida provisionalmente en auto de 29 de agosto de 1995, y esto se ratificará en la presente sentencia, convirtiéndose en definitiva la orden de que NO se continúe el tratamiento de readecuar el sexo hacia lo femenino porque esto no ha sido consentido por N. N., todo lo contrario, él insiste en su derecho a una entidad masculina, y, obviamente no permanecerá el menor bajo control de los médicos del hospital San Vicente de Paúl y de sus padres, aunque respecto de éstos, no perderán la patria potestad, se mantendrán las relaciones familiares, pero como lo primordial es el tratamiento integral que debe dársele a N. N. y ello es imposible lograrlo en el ambiente donde los padres están, hay que buscar otros horizontes porque los derechos del menor están por encima de los derechos de los demás.

Tanto en las órdenes como en la determinación de abstención es imperioso resaltar que el menor interpuso tutela para que se le respete su condición de hombre, figure en el registro con su original nombre de varón, no se lo continúe maltratando y “quiere ser lo que siempre ha sido desde que nació”. Como la eficacia y la legitimidad de lo que se determine debe tener un respaldo jurídico, eso se desarrollará a continuación.

20. La solidaridad en el estado social de derecho. y los DEBERES en la antigua y nueva Constitución.

Al menor se le debe prestar solidaridad, esto se infiere del inciso 2° del artículo 44 de la Constitución actual que dice:

ARTICULO 44. *Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.*

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar el desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

Además, la Convención del Niño se pronuncia en el mismo sentido, pero tanto ésta como la Constitución de 1991 son posteriores a vanos de los hechos que motivan la presente tutela, entonces, se repite lo dicho antes: se acude a normas internacionales que por voluntad del Estado Colombiano entraron a formar parte de la normatividad interna.

Continuando con lo de los DEBERES: la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 29 reza:

“Toda persona tiene deberes respecto de la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad”.

Nótese como se unen los deberes con el derecho al libre desarrollo de la personalidad y como tal determinación fue el consenso de diferentes corrientes de pensamiento (dentro de ellas la Católica); hay que concluir que no hay contradicción alguna entre los postulados de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los preámbulos de la Carta del 86 y el Plebiscito de 1957. Aunque sobre el tema de los deberes no hay problema interpretativo porque el artículo 9º de la Reforma Constitucional de 1936 (codificado como artículo 16 de la antigua Constitución) ordena a las autoridades asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y los particulares”.

Menos dificultad interpretativa existe hoy cuando se habla de la solidaridad como principio fundante del Estado Social de Derecho.

20.1. La Corte Constitucional ha dicho.

“Dichas asistencia y protección, corresponden en primer término a la familia, como núcleo esencial de la humana conveniencia; pero corresponde también a la sociedad, en general, y al Estado, en particular, como ente rector de aquella cuando está organizada política y jurídicamente. Es claro que si el niño carece de familia que lo asista y proteja, bien porque haya sido abandonado por sus padres, bien porque carezca de ellos, o bien porque éstos o, en su defecto, sus abuelos, hermanos mayores, u otros parientes cercanos, no cumplan con ese sagrado deber, la asistencia y protección incumbe directa e insoslayablemente a la sociedad y, a nombre de ésta, al Estado, a través de los organismos competentes para ello. Con esto se configura la intervención subsidiaria del Estado, a falta de familia que cumple con las obligaciones antes señaladas.

El bienestar de la infancia, es una de las causas finales de la sociedad -tanto doméstica como política-, y del Estado; por ello la integridad física, moral, intelectual y espiritual de la niñez, y la garantía de la plenitud de sus derechos son en estricto sentido, asunto de interés general. Son fin del sistema jurídico, y no hay ningún medio que permita la excepción del fin.

*Pero no basta con el deber de asistencia, porque la Constitución obliga al Estado, a la sociedad y a la familia también a proteger al niño. Esta protección implica realizar las acciones de amparo, favorecimiento y defensa de los derechos del menor. Por ello el artículo 44 superior, concluye en su último inciso: “Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”; lo cual está en consonancia con el inciso tercero del artículo 13 de la Constitución que señala: “El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta (...)”.*³⁵

20.2 La solidaridad social es inherente al Estado Social de Derecho (arts 1º, 2º, 95-2 y

Preámbulo de la C.P.):

³⁵Sentencia T-29/94, Magistrado Ponente: Valdimiro Naranjo Mesa

“Este deber de prestar solidaridad es una muestra de que sí hay diferencia entre el Estado Social de Derecho y el viejo esquema del Estado de Derecho. En otras palabras, la Nueva Constitución difiere bastante de la 1886.

Recientemente la Corte Constitucional dijo:

“Con la evolución del Estado liberal y su tránsito al Estado Social de Derecho, el valor jurídico de los deberes ha variado de manera radical. Su incorporación en los textos constitucionales modernos, paralelamente a la idea de la Constitución como norma jurídica, son transformaciones políticas que otorgan una significación diferente a los deberes de la persona.

La concepción social del Estado de Derecho, fundado en la solidaridad, la dignidad, el trabajo y la prevalencia del interés general (CP art. 1), se traduce en la vigencia inmediata de los derechos fundamentales, pero también en la sanción constitucional al incumplimiento de los deberes constitucionales. El artículo 1º de la Constitución erige a la solidaridad en fundamento de la organización estatal. Los nacionales y extranjeros tienen el deber de acatar la Constitución y la ley, y son responsables por su infracción (CP arts. 4 y 6). De esta forma, los deberes consagrados en la Carta Política han dejado de ser un desideratum del buen pater familias, para convertirse en imperativo que vinculan directamente a los particulares y de cuyo cumplimiento depende la convivencia pacífica.

La Constitución, además de fijar la organización política básica del Estado y garantizar los derechos y las libertades públicas, constituye un marco general de conducta que vincula directamente a los particulares.³⁶

Este criterio es el desarrollo de lo expresado en la sentencia de 5 de junio de 1992:

“La fórmula del artículo primero de la Constitución, ampliada y respaldada a través de todo el texto fundamental, según la cual Colombia se define como un estado social de derecho, es de una importancia sin precedentes en el contexto del constitucionalismo colombiano. Esta importancia amerita un pronunciamiento de la Corte

³⁶Sentencia T-125, de 14 de marzo de 1994, Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

sobre el alcance de este concepto y sobre su sentido e interpretación, no sólo en el contexto internacional -del cual sin duda alguna se nutrió la Asamblea Nacional Constituyente- sino en la Constitución misma, vista como una norma autónoma. Para ello ninguna ocasión tan oportuna como la que se refiere a la definición de los derechos económicos sociales y culturales y a su relación con el derecho de tutela.

A. Origen y delimitación conceptual

1. Lo primero que debe ser advertido es que el término "social", ahora agregado a la clásica fórmula del Estado de Derecho, no debe ser entendido como una simple muletilla retórica que proporciona un elegante toque de filantropía a la idea tradicional del derecho, del Estado. Una larga historia de transformaciones institucionales en las principales democracias constitucionales del mundo, está presente para dar testimonio de la trascendencia de este concepto.

2. La incidencia del Estado social de derecho en la organización sociopolítica puede ser descrita esquemáticamente desde dos puntos de vista: cuantitativo y cualitativo. Lo primero suele tratarse bajo el tema del Estado bienestar (welfare State, stato de benessere, L'Etat Providence) y lo segundo bajo el tema de Estado constitucional democrático. La delimitación entre ambos conceptos no es tajante; cada uno de ellos hace alusión a un aspecto específico de un mismo asunto. Su complementariedad es evidente.

a. El estado bienestar surgió a principios de siglo en Europa como respuesta a las demandas sociales; el movimiento obrero europeo, las reivindicaciones populares provenientes de las revoluciones Rusa y Mexicana y las innovaciones adoptadas durante la república de Weimar, la época del New Deal en los Estados Unidos, sirvieron para transformar el reducido Estado liberal en un complejo aparato político-administrativo jalonador de toda la dinámica social. Desde este punto de vista el Estado social puede ser definido como el Estado que garantiza estándares mínimos de salario, alimentación, salud, habitación, educación, asegurados para todos los ciudadanos bajo la idea de derecho y no simplemente de caridad (H.L. Wilensky, 1975).

b. El Estado constitucional democrático ha sido la respuesta jurídico-política derivada de la actividad intervencionista del Estado. Dicha respuesta está fundada en nuevos valores- derechos consagrados por la segunda y tercera generación de derechos consagrados por la segunda y tercera generación de derechos humanos y se manifiesta institucionalmente a través de la creación de mecanismos de

democracia participativa, de control político y jurídico en el ejercicio del poder y sobre todo, a través de la consagración de un catálogo de principios y de derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación y el funcionamiento de la organización política.

3. Estos cambios han producido en el derecho no sólo una transformación cuantitativa debida al aumento de la creación jurídica, sino también un cambio cualitativo, debido al surgimiento de una nueva manera de interpretar el derecho, cuyo concepto clave puede ser resumido de la siguiente manera: pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la justicia material y por logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos. Estas características adquieren una relevancia especial en el campo del derecho constitucional, debido a la generalidad de sus textos y a la consagración que allí se hace de los principios básicos de la organización política: De aquí la enorme importancia que adquiere el juez constitucional en el Estado social de derecho.

4. La complejidad del sistema, tanto en lo que se refiere a los hechos objeto de la regulación, como a la regulación misma, hace infructuosa la pretensión racionalista que consiste en prever todos los conflictos sociales posibles para luego asignar a cada uno de ellos la solución normativa correspondiente. En el sistema jurídico del Estado social de derecho se acentúa de manera dramática el problema -planteado ya por Aristóteles- de la necesidad de adaptar, corregir, acondicionar la aplicación de la norma por medio de la intervención del juez. Pero esta intervención no se manifiesta sólo como el mecanismo necesario para solucionar una disfunción, sino también, y sobre todo, como un elemento indispensable para mejorar las condiciones de comunicación entre el derecho y la sociedad, es decir para favorecer el logro del valor justicia (de la comunicación entre derecho y realidad), así ello conlleve un detrimento de la seguridad jurídica...³⁷

En resumen, hay un salto cualitativo cuando la seguridad jurídica ya no es el centro de gravedad de las instituciones sino que se ve desplazada por el valor de la justicia como realidad social. Es la superación de la retórica por lo pragmático. Y, dentro de este contexto se puede afirmar que el Estado Social de Derecho hunde sus raíces

³⁷Sentencia T-778/92, Magistrado Ponente: **Ciro Angarita Barón**

en el principio de solidaridad. El reconocimiento a la solidaridad puede ser estudiado en la tutela. Ha dicho la Corte:

“La solidaridad como modelo de conducta social permite al Juez de tutela determinar la conformidad de las acciones u omisiones particulares según un referente objetivo, con miras a la protección, efectivo de los derechos fundamentales”³⁸

En conclusión, es principio fundante de la Nueva Constitución la solidaridad. Lo era desde 1936, luego, hay vía libre para tomar determinaciones en la tutela que motiva este fallo.

20.3. En el caso concreto del menor N. N., la sociedad en general y el Estado en particular tienen que convertir la solidaridad en realidades para las cuales el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar es la Entidad que posee la infraestructura y la posibilidad jurídica de contribuir con soluciones que respalden el derecho de N. N. a reafirmar, en la medida de lo posible, su IDENTIDAD solicitada en la tutela, pedida por escrito en su declaración dentro del expediente y explicitada ante esta Sala de Revisión en la diligencia que para tal efecto se practicó.

En la contribución a la solución hay que partir de estos soportes normativos, adicionales a las normas de rango constitucional:

³⁸Sentenciads T-125/94, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz

-El artículo 3° del Código del Menor (decreto 2737/89) dice que:

“Cuando los padres o las demás personas legalmente obligadas a dispensar estos cuidados no estén en capacidad de hacerlo, los asumirá el Estado con criterio de subsidiaridad” (se refiere a los derechos para un adecuado desarrollo físico, mental, moral y social).

-El artículo 23 ibídem define al Bienestar Familiar como un servicio público a cargo del Estado uno de cuyos objetivos es tutelar los derechos de quienes integran la familia.

-El artículo 30 del mismo Código contempla los casos en los cuales un menor se halla en “situación irregular” dentro de ellos está el peligro físico o moral y la falta de atención suficiente para la satisfacción de sus necesidades básicas. En el caso de esta acción de tutela el menor está discapacitado, no ha podido avanzar en sus estudios, está disminuida su capacitación ante la vida y requiere de urgente ayuda por parte del Estado.

-La medida de protección no siempre debe ser declararlo en situación de abandono o darle un “hogar sustituto” (medidas excepcionales y que exigen una justa ponderación) puede ser otra, como por ejemplo “la atención integral en un centro de protección especial” (arts. 82 y s.s. del Código del Menor), que en su más amplia acepción se aplicará en el presente caso. El criterio antes expuesto no se puede convertir en una camisa de fuerza para el I.C.B.F. puesto que al cumplir

este fallo hay que darle a las normas del Código del Menor una lectura de acuerdo con la efectiva protección a los derechos fundamentales, y, por lo tanto, si lo mejor que puede hacer el I.C.B.F. es atender al menor en un Centro de Protección Especial ello debe ir de la mano con la eficaz protección al menor discapacitado (arts 222 y s.s. del Código del Menor) y con los demás instrumentos teóricos y prácticos que contribuyan a una real solución o acercamiento en lo posible a esa solución, inclusive, buscándose tratamiento médico en el exterior, si es del caso proyectando la capacitación laboral dentro del país, manteniendo el modelo de vida que el menor ha tenido como campesino que es, respetando su vocación, ideales y proyecciones, en fin, respetándosele su dignidad que es lo más importante.

Como este es un DEBER del Estado y como el I.C.B.F. facilitó en el año de 1987 la operación de "readecuación de sexo", dándosele cobertura al propósito de los médicos y ubicando al menor en un hogar sustituto para que fuera factible la operación, entonces, LA PROTECCION ESPECIAL A DISMINUIDOS, consagrada en el artículo 47 de la Constitución, razonablemente no se puede suspender cuando N. N. llegue a los 18 años, sino que el tratamiento médico que se iniciare y el psicológico que ya está en curso (con la aceptación del paciente) se continuará hasta cuando un dictamen de un grupo interdisciplinario lo considere pertinente. Lo que se le ordena al I.C.B.F. es que mantenga la continuidad en la readecuación y tratamiento integral del menor que instauró la presente tutela.

Seria injusto e ilógico que la urgente atención médica iniciada en el I.C.B.F. en estos casos excepcionales se viera interrumpida. Además, el mismo Código del Menor tiene proyecciones más allá de los 18 años, por ejemplo, pedir la prórroga de la patria potestad para los deficientes mentales (art. 232 Código del Menor):

“Cuando el menor sufra de severa deficiencia mental permanente, sus padres o uno de ellos o el Defensor de Familia deberán promover el proceso de interdicción antes de cumplir aquél la mayoría de edad, para que a partir de ésta prorroga indefinidamente su Estado de sujeción a la patria potestad por ministerio de la ley”

O la adopción de mayores de edad (inciso 2º del art. 92 Código del Menor):

“Con todo, también podrá adoptarse al mayor de esta edad cuando el adoptante hubiere tenido el cuidado personal del adoptante antes de que éste cumpliera 18 años”.

Si ésto lo permite la ley, con mayor razón debe protegerse al discapacitado más allá de los 18 años cuando el I.C.B.F. lo ha venido tratando de tiempo atrás y cuando la protección es de rango constitucional.

21. Apreciaciones frente al cambio de nombre autorizado en un proceso de jurisdicción voluntaria.

El 10 de julio de 1987, el padre del menor otorgó poder “para que sea cambiado su sexo y nombre (de su hijo N. N.)” y en forma acelerada, el Juzgado que conoció el proceso de jurisdicción voluntaria consideró que:

“ha quedado plenamente establecida la necesidad de sustituir el nombre que se había fijado al menor, antes de sexo masculino, por otro que coincida con su sexo que ha pasado a ser femenino”.

Y se ordenó que en la Notaría se hiciera la corrección.

21.1 Hay que decir que el padre **no** podía otorgar poder para que se cambiara el sexo de su hijo, porque, se insiste, tal decisión sólo corresponde a la persona que quiere que su cuerpo tenga la mutación, significa lo anterior que el poder contiene un OBJETO ILICITO, puesto que viola derechos fundamentales, como ya se demostró; y, el Juez no podía abocar el conocimiento sin el poder directo del interesado, faltaba un presupuesto procesal y al hacerlo incurrió en una vía de hecho, y por este grave error terminó autorizando una sustitución de registro civil por presunto cambio de sexo, cuando el sujeto pasivo de ese “cambio” ni había autorizado que se le modificara su condición de hombre ni tampoco que de ahí en adelante se lo considerara como mujer sin serlo. En este aspecto, el ser humano, es libre de escoger su propio camino y un Juez no puede torcérselo por petición de otra persona.

21.2 Hay que resaltar que los actos relativos al estado civil (como el de modificación de nombre en una partida) son en si actos administrativos aunque requieran la actividad del juez, mediante el llamado proceso de jurisdicción voluntaria. Por eso los constitucionalistas Fix Zamudio y Cappelletti los califican como simple

acto administrativo. El propio Calamandrei considera como equivoca la calificación de jurisdicción que se le da a la jurisdicción voluntaria. Y, Hernando Morales, aunque habla de la semejanza a la jurisdicción, recuerda

“Tales actos se denominan de jurisdicción voluntaria o graciosa, palabra ésta derivada de la jurisdicción que en forma de gracia ejercida el Pretor en Roma y que posteriormente pasó a los Cónsules, quedando aquél con la jurisdicción contenciosa. La jurisdicción voluntaria, una parte de los autores opina que no constituye propiamente actividad jurisdiccional sino administrativa confiada a autoridades judiciales, pues sus resoluciones tienen un valor precario y no hacen cosa juzgada “. ³⁹

Si el llamado proceso de jurisdicción voluntaria, propiamente no es un proceso judicial, entonces, es difícil ubicar la decisión dentro de las no susceptibles de tutela. Y si la decisión en la “jurisdicción voluntaria” es precaria, es posible que mediante tutela se den órdenes que alteren el fallo en la “jurisdicción voluntaria” siempre y cuando estén de por medio los derechos fundamentales.

21.3 Hay que aclarar, no obstante, este aspecto ya estudiado en esta Sala:

“La corrección del registro civil de las personas tiene dos caminos, ya sea a través del funcionario responsable del registro o acudiendo a la justicia ordinaria, como se verá a continuación.

La función registral, en relación con la corrección del estado civil, se encuentra dividida en comprobaciones declarativas como fórmula general y comprobaciones constitutivas excepcionalmente, tomado en cuenta que siempre se presenta una comprobación, mas no una

³⁹ Curso de Derecho Procesal Civil Parte General, 10a. Edición, p 30

valoración, pues esta última implica la indeterminación de lo examinado.

Así el artículo 89 del Decreto No. 1260 de 1970, modificado por el artículo 2° del Decreto No. 999 de 1998, establece que “las inscripciones del estado civil, una vez autorizadas, solamente podrán ser alteradas en virtud de decisión judicial en firme o por disposición de los interesados”. Esta disposición autoriza la alteración de la inscripción, ya sea por sentencia judicial o por disposición de los interesados, sin brindar elementos que distingan claramente la competencia del juez y del funcionario responsable del registro civil respecto de la corrección del estado civil.

La interpretación de la norma anterior, de acuerdo a lo expuesto, llevaría a pensar que el trámite de corrección notarial sólo debe corresponder a la confrontación de lo empírico con la inscripción para de este modo lograr que la situación jurídica del solicitante responda a la realidad..

Es de mérito anotar que el simple cambio de nombre, no significa el cambio de sexo⁴⁰, debido a que el nombre a pesar de ser un elemento indicativo del sexo, no tiene poder definitorio respecto a este último.

Es que no tiene explicación procesal alguna que un tercero se presente a pedirle a la justicia que se reconozca el cambio de sexo de “otro” que nunca ha consentido en ello, y, si un Juez acepta pretensión “contra natura” habrá que concluir que actuó dentro de una clásica vía de hecho susceptible de enmendarse mediante la tutela.

Antes de entrar a las órdenes a dar es necesario resaltar situaciones que gravitan sobre este caso:

⁴⁰Corte Constitucional. Sentencia No T-594 del 15 de diciembre de 1993 M P Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

CAPITULO III

DETERMINACIONES

- a. El I.C.B.F., en la actualidad, es la única entidad en la cual el menor tiene confianza, por los servicios de asistencia que viene prestando.
- b. El menor se encuentra hoy en un medio donde es difícil adecuar la cultura para lograr su identidad sexual. Aunque tampoco desea un rompimiento con su familia, de todas maneras ésta no ofrece el clima adecuado para tan compleja terapia.
- c. En el presente caso quien interpuso la tutela no deja la menor duda de que el menor es varón. Si no se está ante la presencia de un transexual, bisexual, hermafrodita o pseudo hermafrodita, hay que respetar la VERDAD NATURAL Y PERSONAL. Un caso fortuito, completamente extraño a la persona, ajeno a su voluntad no tiene la causa suficiente para alterar esa verdad, esa naturaleza. Cuando la mutilación se presenta, el paciente tiene posibilidad de decidir. Si no lo hizo antes lo puede hacer ahora que tiene uso de razón.

Es inhumano que si el pene y los testículos fueron cercenados, la solución sea volver a la víctima mujer. Este es un trato denigrante.

Aclarado lo anterior, se concluye:

- El expreso consentimiento informado del propio paciente es indispensable para cualquier tratamiento médico de readecuación del sexo. Como esto no ocurrió y la tutela se instauró para proteger el derecho a la identidad según se explicó anteriormente, prosperará no solo por tal violación sino por afectar la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad.
- La investigación sobre la conducta profesional de los médicos que propiciaron e hicieron el tratamiento de readecuación de sexo o transformación de órganos sexuales corresponde adelantaría al Tribunal de Ética Médica.
- La presunta responsabilidad civil que implicaría una indemnización de perjuicios se tramita mediante proceso ordinario, luego no se condenará en perjuicios en esta tutela, ya que le queda al joven una vía para acudir a la jurisdicción ordinaria; como se trata de un menor desprotegido para adelantar esa posible acción reparatoria, se le solicitará al Defensor del Pueblo la asistencia jurídica para que, si el menor lo acepta, se inicie y adelante el correspondiente juicio de responsabilidad civil.
- Y, en cuanto lo principal: la orden para hacer real la solidaridad que merece el menor por la vulneración de sus derechos fundamentales, ésta se dará al I.C.B.F. según ya se ha explicado.

- Por último, se ratificará la orden dada al Notario de mantener en el Registro Civil el nombre de varón que identificó inicialmente a quien instauró la tutela.

En mérito de lo expuesto la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por autoridad de la Constitución

RESUELVE

PRIMERO: REVÓCANSE los numerales primero y tercero de la sentencia del 23 de mayo de 1995 proferida por el Tribunal Superior de Antioquía, Sala Civil, fallo materia de revisión

SEGUNDO: CONCÉDASE la tutela al menor cuya identificación aparece en la solicitud y por lo tanto se le protegen los derechos fundamentales a la identidad, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad.

TERCERO: ORDÉNASE al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, representado por su Director, que le preste a la persona vulnerada a cuyo nombre se instauró la tutela, la protección adecuada consistente en el tratamiento integral físico y psicológico requerido para la readecuación del menor, previo consentimiento informado, y en relación con la mutilación sufrida y a la cual se ha hecho referencia en este fallo. Este tratamiento integral podrá tener continuidad más allá de los 18 años siempre y cuando un grupo

científico interinstitucional lo considere conveniente. El mismo grupo interinstitucional, junto con el correspondiente Defensor de Menores, hará el seguimiento al tratamiento.

CUARTO: CONFÍRMASE el numeral segundo de la sentencia de revisión en cuanto ordenó la corrección el registro civil de nacimiento.

QUINTO: ENVÍESE copia de esta sentencia al Tribunal de Ética Médica para lo que estime pertinente.

SEXTO: ENVÍESE copia de este fallo a la Defensoría del Pueblo para que, si el menor lo acepta, se designe por el Defensor del Pueblo un abogado que inicie el correspondiente juicio de responsabilidad civil por el daño sufrido por el menor debido a la “readecuación de sexo” o “transformación de órganos sexuales”, practicada sin su consentimiento.

SÉPTIMO: El Tribunal Superior de Antioquía, Sala Civil, que conoció en primera instancia, **VIGILARÁ** el cumplimiento de esta sentencia.

OCTAVO: El correspondiente defensor de menores mantendrá informado al Tribunal de Antioquía sobre el cumplimiento de lo ordenado.

NOVENO: COMUNÍQUESE este fallo al Tribunal Superior de Antioquía, Sala

Civil, para la notificación y efectos previstos en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991

DÉCIMO: GUÁRDESE la reserva expresada en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO
Magistrado Ponente

FABIO MORÓN DÍAZ
Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA.
Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO
Secretaria General

ANEXO 6

COLEGIO DE MÉDICOS Y CIRUJANOS DE GUATEMALA

- **LEY DE COLEGIACIÓN PROFESIONAL OBLIGATORIA (DCTO. 62-91).**
- **ESTATUTOS DEL COLEGIO DE MÉDICOS Y CIRUJANOS DE GUATEMALA.**
- **REGLAMENTO DEL TRIBUNAL DE HONOR.**
- **CÓDIGO DEONTOLÓGICO.**
- **REGLAMENTO DEL PLAN DE PRESTACIONES DEL COLEGIO DE MÉDICOS Y CIRUJANOS DE GUATEMALA.**

DECRETO NUMERO 62-91**EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA****CONSIDERANDO**

Que de conformidad con los artículos 34 y 90 de la Constitución Política de la República de Guatemala, la colegiación de los profesionales universitarios es obligatoria y tendrá por fines la superación moral, científica, técnica y material de las profesiones universitarias y el control de su ejercicio.

CONSIDERANDO

Que las normas contenidas en el Decreto número 332 del Congreso de la República, Ley de Colegiación Oficial Obligatoria para el Ejercicio de las Profesiones Universitarias y sus reformas, necesitan ser actualizadas y adecuadas a las disposiciones constitucionales y a las funciones y objetivos de los colegios profesionales, por lo que es conveniente y necesario dictar una nueva ley sobre la materia.

POR TANTO,

En ejercicio de las atribuciones que le confiere el inciso a) del artículo 171 de la Constitución Política de la República de Guatemala,

DECRETA:

La siguiente: **LEY DE COLEGIACIÓN PROFESIONAL OBLIGATORIA**

CAPITULO I**DISPOSICIONES GENERALES**

ARTICULO 1. Obligatoriedad y ámbito. La colegiación de los profesionales universitarios es obligatoria y tiene por fines la superación moral, científica, técnica, cultural, económica y material de las profesiones universitarias y el control de su ejercicio, de conformidad con las normas de esta Ley. Se entiende por colegiación la asociación de graduados universitarios de las respectivas profesiones en entidades respectivas, de conformidad con las disposiciones de esta Ley.

Deben colegiarse:

- a) Todos los profesionales egresados de las facultades de las universidades autorizadas para funcionar en el país y que hubieren obtenido título que los habilite para el ejercicio de

- una profesión, por lo menos en el grado de licenciatura.
- b) Los profesionales incorporados a la Universidad de San Carlos de Guatemala.
- c) Los profesionales graduados en el extranjero que hayan obtenido u obtengan autorización legal para ejercer la profesión en el país, de conformidad con tratados internacionales aceptados y ratificados por Guatemala.
- d) Los profesionales universitarios graduados en el extranjero que formen parte de programas de post-grado, entrenamiento u otras actividades organizadas por las universidades del país, instituciones estatales y no estatales o internacionales, que por tal motivo deban ejercer su profesión en el país, podrán hacerlo mientras dure el programa respectivo con la sola autorización del Colegio Profesional que corresponda.

ARTICULO 2. Naturaleza y Fines. Los colegios Profesionales son asociaciones gremiales no lucrativas, esencialmente apolíticas, con personalidad jurídica y patrimonio propio, y funcionarán de conformidad con las normas de ésta Ley, sus propios estatutos y reglamentos. Tendrán su sede en la ciudad de Guatemala, o en cualquier otro lugar de la República, pudiendo establecer sub-sedes, agencias o sucursales.
Son fines principales de los Colegios Profesionales:

- a) Promover, vigilar y defender el ejercicio decoroso de las profesiones universitarias en todos los aspectos, propiciando y conservando la disciplina y la solidaridad entre sus miembros.
- b) Promover el mejoramiento cultural y científico de los profesionales universitarios.
- c) Promover y vigilar el ejercicio ético y eficiente de las profesiones universitarias en beneficio de la colectividad.
- d) Defender y proteger el ejercicio profesional universitario y combatir el empirismo.
- e) Promover el bienestar de sus agremiados mediante el establecimiento de fondos de prestaciones, contratación de seguros y otros medios que se consideren convenientes.
- f) Auxiliar a la administración pública en el cumplimiento de las disposiciones legales que se relacionen con las respectivas profesiones universitarias, resolver consultas y rendir los informes que soliciten entidades o funcionarios oficiales en materia de su competencia
- g) Resolver consultas y rendir los informes que les sean solicitados por personas o entidades privadas en materia de su competencia.
- h) Contribuir al fortalecimiento de la autonomía de la Universidad de San Carlos de Guatemala y al cumplimiento de los fines y objetivos de todas las universidades del país.
- i) Participar en el estudio y solución de los problemas nacionales y propiciar el mejoramiento integral de los guatemaltecos.
- j) Elegir a los representantes del Colegio respectivo al Consejo Superior Universitario de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Juntas Directivas de las facultades de la misma, a los miembros que integran el Cuerpo Electoral Universitario, así como a quienes deban representarlo en otros cargos y funciones de conformidad con las leyes y reglamentos respectivos.
- k) Promover la organización y mejoramiento de otras asociaciones y agrupaciones afines

- a las de las respectivas profesiones universitarias, propiciando su adscripción al colegio correspondiente, de conformidad con lo que al efecto establezcan sus estatutos.
- l) Velar por la apoliticidad de los Colegios, manteniéndoles fuera de la religión
 - m) Mantener el principio constitucional de la libre emisión del pensamiento, y del derecho de ser informado, debiendo tener especial cuidado en que los mismos no sean menoscabados, vulnerados ni tergiversados bajo cualquier forma.

ARTICULO 3. Constitución y registro. Para que un colegio profesional se constituya se requiere.

- a) La asociación de por lo menos cien graduados universitarios de la profesión que corresponda a cada facultad establecida en la Universidad de San Carlos de Guatemala, que así lo convengan, lo que se hará constar en acta notarial, incluyendo la designación de una Junta Directiva Provisional y un proyecto de estatutos
- b) La Junta Directiva Provisional debe solicitar al Consejo Superior Universitario de la Universidad de Guatemala, la aprobación de la constitución del colegio y su inscripción, acompañando a la solicitud copia del acta constitutiva y el proyecto de estatutos.
- c) Cumplidos los tramites y evacuados los informes que estime convenientes, el Consejo Superior Universitario de la Universidad de San Carlos de Guatemala recabará la opinión de la Asamblea de Presidentes de los Colegios Profesionales.
- d) Con la opinión de la Asamblea de Presidentes de los Colegios Profesionales, el Consejo Superior Universitario de la Universidad de San Carlos de Guatemala debe dictar resolución declarando si procede o no la creación del nuevo colegio. En el primer caso, ordenar su inscripción en el registro respectivo; en el segundo, devolverá el expediente a los interesados razonando su decisión.
- e) Del acta de inscripción debe extenderse copia certificada, sin costo alguno, a la Junta Directiva Provisional. Dicha certificación, así como el acta misma de inscripción, prueban la personalidad jurídica del nuevo colegio.
- f) El Consejo Superior Universitario de la Universidad de San Carlos de Guatemala debe remitir al Diario Oficial, para su publicación, copia certificada de los estatutos y del acta de inscripción del colegio respectivo.

Cuando se trate de modificaciones a los estatutos de los colegios, deben aplicarse las disposiciones de este artículo en lo que sea procedente.

ARTICULO 4. Requisitos de calidad. Para el ejercicio de las profesiones universitarias se necesita la calidad de colegiado activo. Toda persona individual o jurídica, pública o privada, que por cualquier concepto contrate los servicios de las personas que de conformidad con esta Ley deban ser colegiados, queda obligada a exigirles que acrediten su calidad de activos. Las autoridades competentes de los Organismos del Estado y de sus entidades descentralizadas y autónomas, deben establecer con precisión que cargos requieren la calidad de profesional universitario colegiado activo.

Se entiende por colegiado activo la persona que, siendo profesional universitario, cumpla los requisitos siguientes:

- a) Haber satisfecho las normas de inscripción y registro establecidas en los estatutos y reglamentos del colegio respectivo.
- b) No estar sujeto a sanción por resolución de autoridad judicial competente que lo inhabilite para el ejercicio legal de su profesión.
- c) Estar solvente en el pago de sus cuotas universitarias y gremiales, tanto ordinarias como extraordinarias, de acuerdo con lo estipulado en los estatutos y reglamentos del Colegio respectivo. La insolvencia durante tres meses consecutivos determina, sin necesidad de declaratoria previa, la pérdida de la calidad de colegiado activo, la que se recobrará automáticamente al pagar las cuotas debidas.

El tesorero de cada colegio comunicará éstas situaciones a las autoridades correspondientes para los efectos del ejercicio profesional, conforme lo dispuesto en este artículo.

ARTICULO 5. Constancia de calidad. Toda persona que de conformidad con esta ley esté obligada a colegiarse deberá colocar, visiblemente, en el lugar en que normalmente ejerza su actividad, la constancia que lo acredite como colegiado, extendida por el Secretario de la Junta Directiva del Colegio respectivo. Cuando se trate de actividades que deban desarrollarse fuera del lugar habitual de trabajo se cumplirá tal requisito con la presentación de la constancia que, en tamaño portable y con la fotografía del colegiado, deberá extenderse por el Secretario de la Junta Directiva del Colegio respectivo, indicando la calidad del colegiado.

CAPITULO II

ORGANIZACIÓN, FUNCIONES Y ATRIBUCIONES DE LOS COLEGIOS PROFESIONALES

ARTICULO 6. Organización. Los Colegios Profesionales se integran con los órganos siguientes:

- a) Asamblea General
- b) Junta Directiva
- c) Tribunal de Honor;

ARTICULO 7. De la Asamblea General. La Asamblea General es el órgano superior de cada colegio y se integra con la reunión de sus miembros activos en sesión ordinaria o extraordinaria. Todas las sesiones de la Asamblea General serán presididas por el Presidente de la Junta Directiva o quien haga sus veces, con la asistencia del Secretario o quien lo sustituya.

ARTICULO 8. Sesión Ordinaria. La Asamblea General se reunirá anualmente en sesión ordinaria en la fecha que establezcan los estatutos del Colegio respectivo. En ella, la Junta

Directiva presentará una memoria de las labores del Colegio durante el año precedente, el alcance de su ejercicio financiero y el proyecto de presupuesto por partidas globales para el año siguiente. La fecha para la celebración de la sesión ordinaria podrá modificarse por acuerdo de la Asamblea General.

ARTICULO 9. Sesión extraordinaria. La Asamblea General se reunirá en sesión extraordinaria cada vez que sea convocada por acuerdo de la Junta Directiva, o cuando lo pidan a dicha Junta, en forma razonada y por escrito, un número de colegiados activos que represente por lo menos el diez por ciento (10%) de los inscritos en el registro respectivo.

En tales casos solo podrán tratarse los asuntos indicados en la convocatoria.

ARTICULO 10. Convocatorias. La Convocatoria para sesión de la Asamblea General Ordinaria o Extraordinaria debe hacerla la Junta Directiva mediante avisos publicados en el Diario Oficial y en por lo menos otro diario de los de mayor circulación en el país; además deberá comunicarse directamente a los colegiados por medio de circulares.

Cuando la Junta Directiva lo estime conveniente, la citación podrá hacerse además, por cualquier otro medio idóneo. La Convocatoria a sesión debe hacerse con por lo menos ocho días de anticipación, especificando los asuntos a tratar, la fecha, hora y lugar en que se celebrará.

ARTÍCULO 11. Atribuciones de la Asamblea General. Corresponde a la Asamblea General:

- a) Aprobar la modificación de los estatutos del Colegio, para lo cual se requiere el voto de dos terceras partes de los asistentes a la Asamblea General respectiva. En este caso la convocatoria debe ser expresa y de punto único.
- b) Aprobar los reglamentos del Colegio.
- c) Fijar las cuotas ordinarias y extraordinarias y las de previsión gremial que deban pagar los colegiados.
- d) Elegir a los miembros de la Junta Directiva y del Tribunal de Honor. Un reglamento especial, que debe ser aprobado con las formalidades previstas en esta ley, regulará todo lo relativo al proceso eleccionario de cada colegio.
- e) Elegir a los delegados y representantes ante los organismos y entidades que por ley corresponda al Colegio respectivo.
- f) Aprobar por partidas globales el presupuesto anual de ingresos y egresos que le presente la Junta Directiva.
- g) Conocer y resolver todos los asuntos que no estén específicamente asignados a la Junta Directiva y tomar las disposiciones adecuadas y oportunas para la buena marcha y administración del Colegio; y,
- h) Las demás que en forma expresa le sean asignadas en los Estatutos del Colegio respectivo siempre que no sean contrarias a lo establecido en esta ley.

ARTICULO 12. Quórum y resoluciones El quórum para las sesiones de la Asamblea General se integra con por lo menos veinte por ciento (20%) de los colegiados activos. Si el día y hora fijados en la convocatoria no se reúne el quórum indicado, la sesión se celebrará una hora después en el mismo lugar y fecha fijados para el efecto, con los colegiados que se encuentren presentes, sin necesidad de nueva convocatoria.

Salvo disposición legal expresada en contrario, todos los acuerdos y resoluciones de la Asamblea General se tomarán por mayoría absoluta de votos de los colegiados activos presentes.

En todos los casos el voto es secreto. No se admiten representaciones.

ARTICULO 13. De la Junta Directiva. La Junta Directiva es el órgano ejecutivo del Colegio. Se integra con siete miembros: Presidente, Vicepresidente, dos vocales, designados por su orden primero y segundo; Secretario, Prosecretario y Tesorero, quienes pueden ser electos por planilla, por mayoría de la mitad más uno del total de los votos válidos emitidos en la sesión de la Asamblea General respectiva.

El quórum de la Junta Directiva se forma con cuatro de sus miembros. En caso de empate, el Presidente tiene doble voto.

Los miembros de la Junta Directiva duran en sus cargos dos años y su desempeño es adhonorem. La Junta Directiva se renovará por mitad anualmente.

En ningún caso se permitirá la reelección para el mismo cargo antes de transcurrido por lo menos dos periodos.

ARTICULO 14. Requisitos. Para ser miembro de la Junta Directiva se requiere:

- a) Ser ciudadano guatemalteco.
- b) Ser colegiado activo y estar solvente en todas sus obligaciones con el Colegio.
- c) Ser de conocida honorabilidad y competencia y no haber sido sancionado por el Tribunal de Honor.
- d) Tener tres años de ejercicio profesional, como mínimo.

ARTICULO 15. Atribuciones de la Junta Directiva. Compete a la Junta Directiva.

- a) Cumplir y hacer cumplir lo preceptuado en esta ley, en los estatutos y reglamentos respectivos, así como las disposiciones de la Asamblea General.
- b) Acordar su propio reglamento.
- c) Ejercer la representación legal del Colegio por medio de su Presidente o de quien haga sus veces.
- d) Proponer a la Asamblea General del respectivo Colegio la reforma de sus estatutos. Esta disposición se entiende sin perjuicio del derecho de los colegiados a proponer ante la propia Asamblea General de dicha reforma.
- e) Ejercer el Gobierno del Colegio, administrar eficientemente su patrimonio y organizar sus actividades, dictando al efecto cuantas medidas y resoluciones estime conveniente, incluyendo la formación de comisiones de trabajo.

- f) Propiciar el mayor intercambio social, cultural y deportivo entre el colegio que representa y los demás colegios profesionales existentes.
- g) Convocar a la Asamblea General a sesiones ordinarias y extraordinarias y a la celebración de los actos electorales que correspondan conforme las disposiciones de esta ley y a las demás que sean aplicables.
- h) Conocer mensualmente del movimiento de la tesorería, dictando las medidas oportunas para el buen manejo de los recursos del Colegio.
- i) Rendir anualmente a la Asamblea General informe sobre el estado de cuentas. Este informe puede ser impugnado o investigado por cualquiera de los colegiados.
- j) Reunirse en sesión ordinaria por lo menos dos veces al mes y en forma extraordinaria cuatro veces los considere necesario.
- k) Velar por la buena conducta de los colegiados en el ejercicio de su profesión y ejecutar las sanciones impuestas por el Tribunal de Honor.
- l) Defender a los colegiados en el correcto y justo ejercicio de su profesión.
- m) Convocar al Tribunal de Honor cuando deba conocer de cargos formulados contra algún colegiado.
- n) Informar anualmente a la Asamblea General de su obra y actividades realizadas durante el periodo de que se trate.
- ñ) Las demás que en forma expresa le sean asignadas en los estatutos del Colegio respectivo, siempre que no sean contrarias a lo establecido en esta Ley.

Las atribuciones específicas de cada uno de los miembros de la Junta Directiva, se establecerán en los estatutos del Colegio respectivo.

ARTÍCULO 16. Del Tribunal de Honor. El Tribunal de Honor se integra con siete miembros propietarios y dos suplentes, electos por planilla por la Asamblea General, en la misma forma y por el mismo periodo que los de la Junta Directiva.

Para ser miembro del Tribunal de Honor se requieren los mismos requisitos que para serlo de la Junta Directiva, salvo para el presidente, que deberá tener por lo menos cinco años de ejercicio profesional. En ningún caso se permitirá la reelección para el mismo cargo antes de transcurridos dos periodos.

ARTICULO 17. Funciones y atribuciones. El Tribunal de Honor cuando se instituye para instruir averiguación, emitir dictámen y en su caso acordar la sanción correspondiente, cuando se syndique a alguno de los miembros del Colegio de haber faltado a la ética o atentado contra el honor y prestigio de su profesión.

El procedimiento a seguir por el Tribunal de Honor, se debe fijar por cada colegio en sus respectivos estatutos, debiéndose respetar en todo caso el derecho de defensa del sindicado.

El Tribunal de Honor elaborará y en su caso revisará el Código de Ética del Colegio respectivo y lo someterá a la aprobación de la Asamblea General.

CAPITULO III

DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS COLEGIADOS

ARTICULO 18. Derechos. Son derechos de los colegiados:

- a) Intervenir con voz y voto en las deliberaciones y decisiones de la Asamblea General.
- b) Elegir y ser electos para cualquier cargo de la Junta Directiva y del Tribunal de Honor y de aquellos otros que corresponda, siempre que llenen los requisitos que para el efecto exige la ley.
- c) Apelar de las resoluciones de la Junta Directiva o de la Asamblea General ante la Asamblea de los Presidentes de los Colegios Profesionales, de conformidad con el reglamento que al efecto dice el Consejo Superior Universitario.
- d) Ser defendidos en el ejercicio de sus derechos profesionales y gremiales y apoyados en sus justas demandas.
- e) Participar en los actos culturales, científicos, sociales y deportivos, así como en las diferentes comisiones que sean creadas por la Junta Directiva.
- f) Hacer uso de su calidad de miembro del Colegio en su actividad profesional.
- g) Hacer uso de las instalaciones y servicios que establezca el Colegio, de conformidad con el reglamento respectivo.
- h) Disfrutar de los auxilios y servicios de previsión social del Colegio de conformidad con el reglamento respectivo.
- i) Los demás que se establezcan en los estatutos del Colegio respectivo, siempre que no sean contrarios a lo establecido en esta ley.

ARTICULO 19. Obligaciones. Son obligaciones de lo colegiados:

- a) Velar por el cumplimiento de la presente Ley, así como de los estatutos y reglamentos del Colegio respectivo.
- b) Ajustar su conducta a las normas de la ética profesional, conforme al Código respectivo.
- c) Cumplir con las disposiciones emanadas de la Asamblea General y de la Junta Directiva, siempre que éstas no contravengan lo dispuesto en la presente Ley y demás leyes de la República, y en los estatutos respectivos.
- d) Mantener el prestigio de la profesión.
- e) Observar las leyes, exigir su cumplimiento tanto en el ejercicio de la profesión como en el desempeño de cargos o empleos públicos.
- f) Procurar que las relaciones entre los colegiados se distingan por su lealtad y respeto.
- g) Asistir a las sesiones a las que fuere convocado y efectuar con puntualidad el pago de las cuotas correspondientes.
- h) Representar dignamente al Colegio en las actividades y comisiones que le sean asignadas.
- i) Poner en conocimiento del Colegio, por medio de su Junta Directiva, la falta de ética profesional de cualquiera de sus miembros.

- j) Las demás que se establezcan en los estatutos del Colegio respectivo, siempre que no sean contrarias a las disposiciones de esta ley.

CAPITULO IV

RÉGIMEN ECONÓMICO Y FINANCIERO

ARTICULO 20. Patrimonio. Forman el patrimonio de los colegios profesionales:

- a) Los bienes de cualquier clase que adquieran o se les adjudiquen a cualquier título, inclusive donaciones, legados y subvenciones que reciban, de conformidad con la ley.
- b) Las rentas y productos de sus bienes propios.
- c) Las cuotas ordinarias y extraordinarias y las multas que paguen sus miembros.

ARTICULO 21. Destino y Fiscalización. Los colegios solo pueden disponer de su patrimonio para la realización de su objeto y fines, de conformidad con esta Ley.

Anualmente y con su informe a la Asamblea General, la Junta Directiva debe presentar un informe sobre el estado de las finanzas del colegio, elaborado y suscrito por auditor público

ARTICULO 22. Disposición estatutaria. Los estatutos de cada colegio incluirán un capítulo especial destinado a regular la administración, manejo, control y fiscalización de su régimen económico y financiero.

CAPITULO V

SANCIONES Y REHABILITACIONES

ARTICULO 23. Sanciones. Las sanciones que las autoridades de los colegios pueden imponer, son las siguientes: Sanción pecuniaria, amonestación privada, amonestación pública, suspensión temporal en el ejercicio de su profesión y suspensión definitiva. La suspensión temporal en ningún caso puede ser mayor de un año. La suspensión definitiva, la pérdida de la condición de colegiado.

ARTICULO 24. Aplicación y recursos. Las sanciones especificadas en el artículo anterior deben ser acordadas por el Tribunal de Honor, y aprobadas por la Junta Directiva, salvo el caso de suspensión temporal que será aprobada por la Asamblea General, con el voto de por lo menos el veinticinco por ciento (25%) del total de colegiados activos.

Contra las resoluciones en que se acuerde cualesquiera de las sanciones indicadas, caben los recursos de aclaración y ampliación, así como el de apelación ante el órgano superior que corresponda. Todo recurso deberá de interponerse dentro del tercer día de la última notificación.

ARTICULO 25. Gradación. La sanción pecuniaria debe regularse entre un mínimo de cien quetzales (Q 100.00) y un máximo de cinco mil quetzales (Q5,000.00), de acuerdo a la gravedad de la falta.

El Tribunal de Honor y la Asamblea General en su caso, quedan facultados para imponer gradualmente las sanciones que correspondan al sancionado, y en los casos de reincidencia, la sanción será la inmediata superior.

ARTICULO 26. Publicidad. Las resoluciones firmes de amonestación pública, suspensión temporal y suspensión definitiva deben ser comunicados por la Junta Directiva a todos los miembros del Colegio, a las autoridades correspondientes y además deben publicarse en el Diario Oficial y en otro órgano de prensa de los mayor circulación.

ARTICULO 27. Otras sanciones. Quien se arrogare título académico, ejerciere actos que competen a profesionales sin tener título o habilitación especial o el que poseyendo título profesional esté inhabilitado temporalmente o haya sido suspendido definitivamente y en consecuencia esté inhabilitado para el desempeño de su profesión y la ejerciere, será sancionado conforme al Código Penal, sin perjuicio de otras responsabilidades en que incurriere, de conformidad con la ley.

ARTICULO 28. Información y registro. Cuando alguna autoridad competente sancionare a un profesional con pena que lleve aneja inhabilitación, sea ésta temporal o definitiva, lo debe comunicar al colegio respectivo para su anotación y registro correspondiente. En igual forma se debe proceder cuando se levante la suspensión o se haya cumplido el término de ésta.

En el caso de que un hecho amerite suspensión y se haya aplicado ésta por autoridad judicial o administrativa, el respectivo Colegio debe abstenerse de dictar sanción por el mismo hecho.

ARTICULO 29. Rehabilitación. El profesional que hubiere sido suspendido temporalmente en el ejercicio de su profesión puede ser rehabilitado por el Consejo Superior Universitario, siempre que concurrieren las circunstancias siguientes:

- a) Que hubiere transcurrido por lo menos un tiempo equivalente a la mitad de la pena impuesta.
- b) Que durante el tiempo que haya durado la suspensión hubiere observado buena conducta.
- c) Que no fuere reincidente.
- d) Que emita dictamen favorable el Tribunal de Honor del Colegio respectivo.
- e) Que exista recomendación favorable de la Junta Directiva del Colegio respectivo.

CAPITULO VI

DE LA ASAMBLEA DE PRESIDENTES DE LOS COLEGIOS PROFESIONALES

ARTICULO 30. Creación. Se crea la Asamblea de Presidentes de los Colegios de Profesionales como cuerpo colegiado integrado por los Presidentes de los Colegios legalmente organizados y los de los que se organicen en el futuro La Asamblea de Presidentes tiene personalidad jurídica y patrimonio propio y funcionará de conformidad con las normas de ésta ley.

ARTICULO 31. Funciones y atribuciones. Además de las consignadas en otras disposiciones de esta ley, son funciones y atribuciones de la Asamblea de Presidentes de los colegios profesionales:

- a) Acordar su reglamento interno y las demás disposiciones necesarias para su funcionamiento.
- b) Propiciar el cumplimiento por los colegios profesionales de sus funciones y atribuciones.
- c) Propiciar la coordinación de esfuerzos de todos los graduados agremiados en los distintos colegios profesionales, en función de la superación académica universitaria, el bienestar común y la paz social.
- d) En caso de conflicto de intereses entre colegios profesionales, arbitrar soluciones conciliatorias equitativas en función del espíritu universitario.
Las Juntas Directivas correspondientes están obligadas a agotar previamente esta instancia antes de acudir a otras vías legales.
- e) Administrar la construcción, operación y mantenimiento del complejo e instalaciones del edificio de los colegios profesionales.
- f) Las demás que se establezcan en los reglamentos respectivos.

ARTICULO 32. Organización y administración. Son órganos de la Asamblea de Presidentes de los Colegios Profesionales:

- a) La Asamblea General, que se integra con todos sus miembros.
- b) La Junta Directiva, se integra con un Presidente, un Secretario, un Prosecretario y un Tesorero. Dichos cargos serán ejercidos en forma rotativa y ad-honorem, por todos los Presidentes de los Colegios legalmente establecidos, de acuerdo al orden y tiempo que se disponga en el reglamento correspondiente
- c) Las comisiones que por acuerdo de la Asamblea o de la Junta Directiva se establezcan en forma temporal o permanente.

La representación legal de la Asamblea corresponde a la Junta Directiva, que puede delegarla en el Presidente en funciones o quien haga sus veces.

ARTICULO 33. Patrimonio. El patrimonio de la Asamblea de Presidentes de los Colegios Profesionales se integra con:

- a) Los bienes que le pertenezcan, adquiera o se le adjudiquen.
- b) Las rentas, productos y emolumentos de sus bienes y servicios propios.
- c) El producto de las cuotas ordinarias y extraordinarias que paguen los colegios que la integran, de conformidad con el reglamento respectivo, así como cualquier otro ingreso que obtengan por vía de donaciones, subsidios o por cualquier otro título.

ARTICULO 34. Impugnaciones. Contra lo dispuesto por la Asamblea de los Colegios Profesionales, caben los recursos de aclaración y ampliación, y el de apelación ante el órgano superior que corresponda. Todo recurso deberá de interponerse dentro del tercero día de la última notificación.

ARTICULO 35. Reglamentación. La Asamblea de Presidentes de los Colegios Profesionales aprobará y emitirá el reglamento que habrá de regular lo referente a sus funciones y demás aspectos necesarios para el mejor desenvolvimiento de sus actividades, el cual debe ser publicado en el Diario Oficial y comunicado expresamente a las Juntas Directivas de los Colegios Profesionales.

El reglamento a que se refiere este artículo deberá estar aprobado y publicado a más tardar sesenta días después de la vigencia de esta ley.

CAPITULO VII

DISPOSICIONES FINALES, TRANSITORIAS Y DEROGATIVAS

ARTICULO 36. Prohibiciones especiales. Queda prohibido a las entidades gremiales a que se refiere esta ley, inmiscuirse en actividades de carácter político, partidista o religioso.

ARTICULO 37. Franquicias y exoneraciones. Atendiendo a su objeto y fines, se concede a los Colegios y a la Asamblea de Presidentes de los Colegios Profesionales, franquicia postal y telegráfica para su correspondencia oficial y se les exonera de toda clase de impuestos, arbitrios, y contribuciones, sin excepción alguna.

ARTICULO 38. Directorios. Anualmente los Colegios deben publicar en el Diario Oficial las listas de altas y bajas de sus colegiados. Publicarán también directorios de sus agremiados, en la forma que resulte más conveniente a sus intereses.

ARTICULO 39. Impuestos. Con el nombre de "Impuesto Sobre el Ejercicio de las Profesiones Universitarias", se establece una cuota mensual de diez quetzales (Q 10.00) Por cada miembro colegiado. La referida cuota deberán hacerla efectiva los obligados por conducto del Colegio respectivo.

De los diez quetzales mensuales (Q 10.00), cinco quetzales (Q 5.00) serán destinados a favor de la Universidad de San Carlos de Guatemala para el cumplimiento de sus fines y el

resto de cinco quetzales (Q5 00), se asignan a la Asamblea de Presidentes de los Colegios Profesionales para atender sus funciones y atribuciones específicas.

Cuando la situación económica de la Asamblea de Presidentes de los Colegios Profesionales permita, podrá destinar fondos a favor de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

ARTICULO 40. Publicaciones. Con el objeto de contribuir al desarrollo de la cultura nacional, el Estado editará, en forma gratuita, por medio de sus talleres tipográficos y órganos de prensa, las publicaciones oficiales que hicieren los Colegios Profesionales y la Asamblea de Presidentes, en cumplimiento de sus funciones.

ARTICULO 41. Colegiación profesional. Aquellos profesionales universitarios que no cumplan con los requisitos para organizarse legalmente como Colegio deberán inscribirse y registrarse en el Colegio que tenga mayor afinidad con su profesión previo dictamen de la Asamblea de Presidentes de los Colegios Profesionales y resolución del Consejo Superior Universitario.

ARTÍCULO 42. Personalidad Jurídica y Período de Ejercicio de las Juntas Directivas. Los Colegios Profesionales que al entrar en vigor la presente ley estén legalmente establecidos conservan su personalidad jurídica sin necesidad de nueva inscripción ni declaración.

Las Juntas Directivas y los Tribunales de Honor que se encuentren en ejercicio o estén pendientes de tomar posesión concluirán el periodo para el que fueron electas, sin perjuicio de ajustar todos sus actos a las disposiciones de esta ley.

De la primera Junta que se elija conforme a la presente ley, el primer año serán renovados los cargos de Vicepresidente, Vocal Primero y Prosecretario.

ARTICULO 43. Revisión y aprobación de estatutos. Los colegios Profesionales existentes al entrar en vigor esta ley deberán revisar sus estatutos y someterlos al trámite de aprobación previsto en la misma. Los estatutos deberán quedar revisados y aprobados dentro de un plazo máximo de un año, contado a partir de la vigencia de la presente ley.

ARTICULO 44. Derogatoria. Se deroga el Decreto número 332 del Congreso de la República y sus modificaciones, así como todas las leyes y disposiciones que se opongan al cumplimiento de la presente Ley.

ARTICULO 45. Vigencia. El presente Decreto entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial.

PASE AL ORGANISMO EJECUTIVO PARA SU PUBLICACIÓN Y
CUMPLIMIENTO.

DADO EN EL PALACIO DEL ORGANISMO LEGISLATIVO, EN LA CIUDAD DE GUATEMALA, A LOS DIEZ DÍAS DEL MES DE JULIO DE MIL NOVECIENTOS

NOVENTA Y UNO.

ANEXO No. 7

No. 3019
LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

**LEY ORGÁNICA DEL COLEGIO DE MÉDICOS Y CIRUJANOS
DE COSTA RICA**

ARTÍCULO 1º -El Colegio de Médicos y Cirujanos de la República es una corporación formada por todos los profesionales médicos autorizados legalmente para ejercer la medicina y la cirugía en el territorio nacional.

Esta corporación, para el cumplimiento de sus fines, es reconocida, amparada y dotada de especiales poderes y facultades por la presente ley, y se regirá de acuerdo con las disposiciones siguientes:

ARTÍCULO 2º -Serán miembros de dicho Colegio todos los médicos y cirujanos que forman el actual Colegio y los que en el futuro se inscriban como tales, con arreglo a las disposiciones de la presente ley.

ARTÍCULO 3º -El Colegio tiene por finalidad:

- a) Velar porque la profesión de la medicina se ejerza con arreglo a las normas de la ética;
- b) Promover el intercambio científico entre sus miembros y de estos con los centros y autoridades científicas nacionales y extranjeras;
- c) Prohijar las asociaciones médicas de las distintas especialidades, que se formen con fines científicos;
- d) Impulsar las actividades sociales entre sus miembros;
- e) Velar porque no se ejerza la profesión ilegalmente;
- f) Auspiciar las asociaciones gremiales y los sindicatos que formen sus miembros para proteger el ejercicio de la profesión y promover su mejoramiento, y
- g) Evacuar las consultas que cualquier de los Supremos Poderes le haga en materia de su competencia, y demás asuntos que las leyes indiquen.

ARTÍCULO 4º -Si la previa inscripción en el Colegio de Médicos y Cirujanos nadie podrá ejercer en el país las profesiones de médicos y cirujanos ni sus especialidades.

En cuanto a otras ramas de dependientes de las ciencias médicas, como la Homeopatía, la Osteopatía, la Técnica Radiológica, la Fisioterapia, la Quinesioterapia, la Optometría, la Psicología Clínica y la Salud Pública, el Colegio de Médicos y Cirujanos autoriza su ejercicio, excepto para aquellas personas inscritas en dichas ramas en otros colegios profesionales

ARTÍCULO 5º -Solamente las personas inscritas en el Colegio, o autorizadas por este, podrán desempeñar las funciones públicas relacionadas con el ejercicio profesional de la medicina o de sus ramas, excepto aquellas personas inscritas en otros colegios profesionales en las ramas citadas en el Artículo 4º.

ARTÍCULO 6º -Las personas que son miembros del Colegio sino que simplemente están autorizadas para ejercer su profesión, conforme al Artículo 4º, estarán obligadas a acatar la autoridad del Colegio, en todo lo referente al ejercicio de la misma.

ARTÍCULO 7º -Para obtener la inscripción en el Colegio, deberán llenarse los requisitos siguientes:

- a) Presentar el título de la Universidad de Costa Rica o atestados de dicha Universidad en que conste que al solicitante se le han convalidado estudios hechos en otro país;
- b) Satisfacer los derechos que señale la Junta de Gobierno del Colegio;
- c) Constancia fehaciente del haber observado buena conducta;
- d) Comprobar que se ha residido en el país, por cinco años o más, antes o después de haber realizado los estudios profesionales;
- e) Los extranjeros, además de llenar los requisitos anteriores, deberán comprobar que en su país de origen los costarricenses pueden ejercer la profesión en análogas circunstancias. Sin embargo, los médicos extranjeros con dos años o más de matrimonio con costarricense y que residan en el país, podrán obtener la inscripción en el Colegio cumpliendo con los requisitos exigidos para los costarricenses, excepto el de residir en Costa Rica cinco años;
- f) Haber hecho un año de internado en un hospital nacional o extranjero capacitado

para tal fin, a juicio del Colegio de Médicos y Cirujanos y de la Facultad de Medicina;

- g) Haber desempeñado durante un año el Servicio Médico Sanitario en el país.

No será aplicable lo dispuesto en los incisos d), e) y g) de este ARTÍCULO a los médicos extranjeros que sean contratados por instituciones del Estado para prestar sus servicios en el país, quienes no podrán ejercer la profesión fuera de los contratos; pero, una vez que hayan terminado el contrato con esas instituciones, para obtener su inscripción en el Colegio, deberán los interesados llenar los requisitos de este ARTÍCULO.

Los médicos extranjeros sólo podrán ser contratados cuando no hubiere médicos costarricenses dispuestos a prestar sus servicios en las condiciones requeridas por esas instituciones. En todo caso, debe hacerse previamente la revisión de atestados y capacitación por el Colegio de Médicos y Cirujanos o por la Facultad de Medicina de la Universidad de Costa Rica.

ARTÍCULO 8º -La inscripción en el Colegio se mantendrá mientras el profesional satisfaga la cuota mensual que señale la Junta de Gobierno. Se suspenderá en el ejercicio de la profesión al que faltare al pago de tres o más cuotas, con las consecuencias que señale esta ley. La suspensión se levantará con el pago de las cuotas atrasadas.

ARTÍCULO 9. Están obligados los miembros a:

- a) Aceptar las designaciones para integrar cualesquiera de los organismos del Colegio;
- b) Asistir a las reuniones ordinarias y extraordinarias de la Asamblea General;
- c) Someterse al régimen disciplinario del Colegio, y
- d) Satisfacer las cuotas mensuales de colegiado.

ARTÍCULO 10º -El Colegio ejercerá sus funciones a través de sus organismos respectivos, constituidos por la Asamblea General, Junta de Gobierno y por las delegaciones que una y otra hagan.

ARTÍCULO 11º -Para que haya sesión de Asamblea General, será necesario una concurrencia de treinta miembros, por lo menos. En caso de que

no haya quórum en la primera reunión debidamente convocada, podrá celebrarse la Asamblea General transcurrido un plazo mínimo de ocho días y con un quórum de diez miembros. La convocatoria se hará en el período oficial y en alguno de los diarios de mayor circulación, con tres días de anticipación por lo menos, indicando el lugar, día y hora de la reunión y los asuntos que deberán ser tratados en ella.

ARTÍCULO 12º -La Asamblea General corresponde la suprema regencia del Colegio; sus atribuciones son:

- a) Elegir la Junta de Gobierno y conocer de las renunciaciones de sus miembros;
- b) Conocer de los informes que rinda la Junta de Gobierno;
- c) Aprobar o revocar actos de la Junta de Gobierno en el caso de apelación;
- d) Conocer de las quejas que se presenten en contra los miembros de la Junta de Gobierno;
- e) Dictar los reglamentos necesarios para que el Colegio llene su cometido. Esos reglamentos deberán interpretar fielmente el espíritu de la presente ley y, para su validez, deben ser aprobados por el Poder Ejecutivo.
- f) Aplicar, en cada caso, las correcciones disciplinarias a que se hagan acreedores los profesionales inscritos, y
- g) Las demás funciones que esta ley, el reglamento u otras leyes les señalen.

ARTÍCULO 13º -La Junta de Gobierno se compondrá de siete miembros, que se designarán para el desempeño de los siguientes cargos: Presidente, Vicepresidente, Primer Vocal, Segundo Vocal, Fiscal, Tesorero y Secretario. Sus miembros durarán en funciones dos años, se removerán por mitades y no podrán ser reelectos para el período inmediato siguiente. Su elección se hará de acuerdo con el reglamento respectivo.

Para ser miembro de la Junta de Gobierno, se requiere estar inscrito en el Colegio y ser costarricense de origen o naturalizado. Para ocupar el cargo de Presidente, además de ser mayor de treinta años, tener diez años cumplidos de haber recibido el diploma de médico y cinco, por lo menos, de haberse inscrito en el Colegio.

ARTÍCULO 14. Son atribuciones de la Junta de Gobierno:

- 1) Desempeñar las funciones públicas que son propias del Colegio, en la forma que prescribe el reglamento;
- 2) Nombrar y remover los empleados del Colegio;
- 3) Conocer de las solicitudes de permisos por ausencia del país o por enfermedad de los miembros de la Junta de Gobierno y nombrar interinamente el vocal respectivo, de acuerdo con el reglamento;
- 4) En caso de renuncia o suspensión de un miembro de la Junta de Gobierno, ésta convocará a la Asamblea General para conocer de ella y, si fuera del caso, nombrar el sustituto. En caso de muerte de un miembro de la Junta de Gobierno se procederá en la misma forma;
- 5) Conocer, en primer término, de las quejas contra los miembros del Colegio en ejercicio de la profesión y aplicar las sanciones disciplinarias;
- 6) Administrar los fondos del Colegio;
- 7) Convocar extraordinariamente a la Asamblea General;
- 8) Evacuar las consultas, y
- 9) Las demás funciones que esta ley, su reglamento y otras leyes le señalen.

ARTÍCULO 15º -La Asamblea General se reunirá ordinariamente una vez al año, para verificar la elección de la Junta de Gobierno y discutir toda clase de cuestiones relacionados con el Colegio. También se reunirá cuando quince de sus miembros lo soliciten a la Junta de Gobierno. Esta se reunirá ordinariamente una vez por semana y una y otra celebrarán las sesiones extraordinarias que fueren indispensables. Las convocatorias se harán como lo indica esta ley y el reglamento respectivo.

El hecho de quedar vacante la mayoría o todos los puestos de la Junta de Gobierno, antes de la fecha en que se deban terminar sus funciones de acuerdo con las disposiciones de esta ley, implica una convocatoria para la Asamblea General, la cual deberá reunirse en el lugar, hora y fecha que se indique, ocho días después de la fecha en que ocurriere la última vacante, con el objeto de elegir a las personas que deban integrar la nueva Junta de Gobierno, hasta el vencimiento del periodo respectivo.

ARTÍCULO 16º -Para que haya quórum en la Junta de Gobierno, se requiere que concurren cinco de los miembros que la componen, tanto en las

sesiones de la Asamblea General, como en las de la Junta de Gobierno, los acuerdos y resoluciones se tomarán por mayoría absoluta, para lo cual se tomarán en cuenta sólo los votos que emitan por escrito los miembros del Colegio y, en caso de empate, se hará la votación nuevamente, pero con los votos de los miembros presentes en la sesión, de acuerdo con el respectivo reglamento.

ARTÍCULO 17º -El Colegio de Médicos y Cirujanos es una persona jurídica. El Presidente de la Junta de Gobierno es su representante legal con las facultades de apoderado general que indica el ARTÍCULO 1255 del Código Civil.

ARTÍCULO 18. Constituyen los fondos del Colegio:

- a) El patrimonio actual del Colegio;
- b) Las sumas que se paguen por inscripción,
- c) Las cuotas mensuales que deben satisfacer sus miembros;
- d) Las multas que imponga la Junta de Gobierno;
- e) El producto del Timbre Médico;
- f) Los impuestos, honorarios devengados por servicios prestados y las contribuciones que la ley le asigne, y
- g) Las donaciones que se les hagan al Colegio.

ARTÍCULO 19º -Los fondos a que se refiere el ARTÍCULO anterior serán colectados y administrados por el Colegio en la forma que disponga el reglamento.

ARTÍCULO 20º -La Junta de Gobierno podrá corregir disciplinariamente a cualquiera de los miembros dependientes del Colegio.

- 1) Por infracción de la presente ley o sus reglamentos a las disposiciones del Código de Moral Médica que haya adoptado o adopte el Colegio;
- 2) Por faltas o abusos que cometan en el ejercicio o práctica de sus respectivas profesiones o empleos, y

- 3) Por irregularidad en su conducta moral o por vicios que les hagan desmerecer en el concepto público o comprometan el decoro de la profesión.

ARTÍCULO 21. Las correcciones disciplinarias que puede imponer son:

- 1) Advertencias;
- 2) Reprensiones;
- 3) Multas hasta de doscientos colones (/c200.00), y
- 4) Suspensión temporal del derecho de ejercer la profesión.

Cuando se trate de faltas o delitos expresamente penados por las leyes, no se podrá aplicar la sentencia del inciso 3).

ARTÍCULO 22º -Las advertencias y reprensiones serán hechas por el Presidente del Colegio, por escrito o de palabra y, en este último caso, privadamente, en Asamblea General o en Junta de Gobierno, todo a juicio de esta última. Queda, asimismo, a juicio de la Junta de Gobierno determinar en cada caso cuál de las correcciones debe imponerse.

ARTÍCULO 23º -Para imponer cualquier corrección, el Presidente, por sí o por medio de uno de los miembros de la Junta de Gobierno, levantará la información del caso y, hechas las averiguaciones, se oirá por ocho días al interesado. Este término podrá ampliarse cuando fuere necesario, a juicio de la Junta de Gobierno.

ARTÍCULO 24º - Contra las resoluciones de la Junta de Gobierno, procede el recurso de revocatoria que resolverá la misma Junta y el de apelación para ante la Asamblea General. Ambos recursos pueden establecerse separados o conjuntamente, a más tardar en la próxima sesión ordinaria de la Junta de Gobierno, la cual convocará inmediatamente a la Asamblea General en caso de apelación. Cuando la resolución perjudicare a alguien, los recursos pueden plantearse en la sesión de la Junta de Gobierno siguiente a la notificación que se haga al interesado de lo resuelto.

ARTÍCULO 25º -Las resoluciones de la Asamblea General, en materia de su competencia, conforme a la presente ley, tendrán fuerza de sentencia ejecutoria, exceptuándose las dictadas en asuntos que no han venido en

apelación, pues, en este caso, cabe el recurso de revisión ante la misma, recurso que debe plantearse a más tardar en los cinco días hábiles siguientes al de la sesión en que se tomó el acuerdo recurrido. Ningún asunto podrá reverse más de una vez. También tendrán fuerza de sentencia ejecutoria las resoluciones de la Asamblea General y de la Junta de Gobierno contra las que no se hayan interpuesto, en tiempo, los recursos que la ley establece.

ARTÍCULO 26° -Las resoluciones de la Asamblea General o de la Junta de Gobierno que fueren recurridas no se ejecutarán hasta tanto no haya recaído la resolución definitiva.

ARTÍCULO 27° -La ejecución de las resoluciones relativas a correcciones disciplinarias se suspenderá hasta que sean aprobadas por la Asamblea General, en caso de apelación, y, en caso contrario, hasta que transcurra el término de interponer el recurso.

ARTÍCULO 28° -La constancia dada por el tesorero del Colegio, con el visto bueno del Presidente, de que cualquiera de sus miembros o dependientes debe pagar una determinada cantidad por multa o alcance de cuentas en fondos que haya administrado, tendrá el valor de título ejecutivo ante los Tribunales.

ARTÍCULO 29° -Los bienes que pertenezcan al Colegio quedan exentos de pago de impuesto territorial.

ARTÍCULO 30° -Los profesores extranjeros que contrate la Universidad para la docencia de la Medicina quedan excluidos de las normas de la presente ley, mientras estén consagrados únicamente a la enseñanza. Para que dichos profesores puedan ejercer la profesión en relación con el público, deberán llenar los requisitos de esta ley.

ARTÍCULO 31° -El Colegio gozará de franquicia telegráfica y postal.

ARTÍCULO 32° -Ningún médico podrá prestarle servicios remunerados al Estado en más de dos cargos en instituciones autónomas, estatales o semiautónomas. La jornada ordinaria de trabajo en cada puesto será de ocho horas y la mínima de cuatro horas; la remuneración por los servicios médicos en dichas instituciones será la que establezca el Estatuto de Servicios Médicos, siempre y cuando no existan en el desempeño de sus cargos superposiciones de horarios. Esta remuneración

será fijada para cada categoría por la Dirección General de Servicio Civil, de acuerdo con el Estatuto de Servicio Civil y la Ley de Salarios de la Administración Pública, tomando en cuenta en cada oportunidad el costo de la vida.

La limitación de servir en más de dos cargos no rige para las actividades médicas de índole docente. Salvo lo dispuesto en este Artículo en cuanto a superposición de horarios, sus disposiciones no se aplicarán en casos de inopia de médicos.

ARTÍCULO 33° -La presente ley deroga la actual Ley Orgánica del Colegio de Médicos y Cirujanos y todas las que se opusieron a las disposiciones consignadas en los Artículos anteriores.

Transitorio I. -En tanto que la Universidad de Costa Rica no haya completado el profesorado de la Facultad de Medicina, será el Colegio de Médicos y Cirujanos, por medio de sus tribunales examinadores, el que tome las pruebas de incorporación con arreglo a las disposiciones de la Ley No. 16 del 25 de octubre de 1940.

Transitorio II. La primera Junta de Gobierno que se elija después de entrar en vigencia esta ley, sorteará los tres miembros que hayan de actuar solamente un año.

Transitorio III. Las disposiciones del ARTÍCULO 32 no tendrán vigencia para los médicos que actualmente sirven más de dos cargos, sino hasta seis meses después de la publicación de esta ley.

El Poder Ejecutivo reglamentará lo establecido por este ARTÍCULO, dentro de los seis meses siguientes a la promulgación de la presente ley, después de oír la opinión del Colegio de Médicos y Cirujanos.

Transitorio IV -El Colegio de Médicos y Cirujanos reformará el Código de Moral Médica en un término no mayor de seis meses a partir de la publicación de esta ley.

Comuníquese al Poder Ejecutivo

Dado en el Salón de Sesiones de la Asamblea Legislativa, San José, a los ocho días del mes de agosto de mil novecientos sesenta y dos.

Rafael París Steffens
Vicepresidente

Jorge A. Montero C.
Primer Secretario

Luis D. Bermúdez C.
Segundo Secretario

Casa Presidencial, San José, a los 9 días del mes de agosto de 1962.

Ejecútese y Publíquese -Francisco J. Orlich

Ministro de Salubridad -M. Terán Valls

No. 23110-S

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

Y EL MINISTRO DE SALUD

En uso de las facultades que le confiere el Artículo 140, inciso 3 y 18 de la Constitución Política y el Artículo 12 inciso e) de la Ley No. 3019 del 8 de agosto de 1962, (Ley Orgánica del Colegio de Médicos y Cirujanos).

CONSIDERANDO:

- 1º Que el vigente Reglamento General del Colegio de Médicos y Cirujanos data de de enero de 1967.
- 2º Que a partir de esa fecha se le han hecho substanciales reformas lo que hace necesario la promulgación de un nuevo texto.
- 3º Que en cumplimiento de las disposiciones de la Ley #3019 del 8 de agosto de 1962, Ley Orgánica del Colegio de Médicos y Cirujanos, la Asamblea General del Colegio de Médicos y Cirujanos de la República de Costa Rica, en sesión celebrada el 15 de marzo de 1993, acordó solicitar al Poder Ejecutivo la reforma total a dicho reglamento y aprobó en esa sesión el nuevo texto que ha sometido al Poder Ejecutivo para su validez y aprobación:

Por tanto,

DECRETAN:

El siguiente,

**REGLAMENTO A LA LEY ORGÁNICA DEL
COLEGIO DE MÉDICOS Y CIRUJANOS DE COSTA RICA**

**CAPITULO 1
DISPOSICIONES GENERALES**

Artículo 1º. -El presente Reglamento tiene por objeto reglamentar la Ley Orgánica del Colegio de Médicos y Cirujanos de la República.

Artículo 2º. -Para los efectos de este Reglamento, se establecen las siguientes definiciones:

Asamblea: Asamblea General del Colegio.

Colegio: Colegio de Médicos y Cirujanos

Junta: Junta de Gobierno del Colegio.

Ley: Ley Orgánica del Colegio de Médicos y Cirujanos

Miembro: El médico y cirujano

Reglamento: Reglamento General del Colegio de Médicos y Cirujanos.

Tribunal: Tribunal de Elecciones del Colegio.

Artículo 3º. -El Colegio de Médicos y Cirujanos ejercerá sus funciones mediante la Asamblea y la Junta y por las delegaciones que cada una de ellas hagan de sus funciones.

CAPITULO II **DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS MIEMBROS**

Artículo 4º. -Son miembros inscritos del Colegio, todos los médicos y cirujanos que forman el actual Colegio y los que en el futuro se inscriban como tales conforme a lo establecido por el ARTÍCULO 7 de la Ley.

Artículo 5º. -Son miembros autorizados del Colegio, todos los médicos y cirujanos nacionales o extranjeros, autorizados por la Junta.

Artículo 6º. -La solicitud de autorización deberá cumplir los siguientes requisitos:

- a) Datos personales consignados en la fórmula que para tal efecto suministrará el Colegio.
- b) Los nacionales deberán presentar su cédula de identidad y los extranjeros su pasaporte.
- c) Fotos tamaño pasaporte, cuyo número fijará la Junta Gobierno.
- ch) Presentar el original del título extendido por universidad nacional o extranjera. En este último caso el título deberá venir autenticado por las autoridades del país de origen, el Cónsul de Costa Rica en dicho país y el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República, quedando autorizada la Junta para verificar en la forma que considere conveniente la excelencia académica de la universidad extranjera.

- d) Constancia fehaciente, a juicio de la Junta, de haber observado buena conducta. En el caso de nacionales residentes en el extranjero o de extranjeros, deberán aportar el certificado de buena conducta del país en que han residido en los últimos cinco años, caso de ser imposible esa presentación la Junta queda facultada para exigir otro documento.
- e) Expresar las razones por las que solicita la autorización.
- f) Pagar los derechos que señale la Junta.
- g) Cualquier otro requisito que solicite la Junta.

Esta documentación será presentada ante el Fiscal del Colegio, el cual la devolverá si no está completa. Una vez completa la documentación el Fiscal la pondrá en conocimiento de la Junta para su estudio, trámite y resolución posterior.

La autorización será otorgada a juicio exclusivo de la Junta por un período no mayor de un año, pudiéndose renovar por periodos iguales a su vencimiento siempre a juicio de dicha Junta.

Artículo 7º. -Los médicos y cirujanos autorizados deberán ejercer su profesión únicamente en centros hospitalarios o en el consultorio de un médico inscrito. Quedan sometidos al régimen disciplinario del Colegio y a satisfacer una cuota mensual que será fijada por la Junta de Gobierno, perdiendo la autorización si faltare al pago de tres o más cuotas.

Artículo 8º. -La Junta queda facultada para cancelar la autorización, sin responsabilidad para ella y el Colegio, en el momento en que lo crea oportuno.

Artículo 9º. -Para todos los efectos legales, los médicos inscritos o autorizados se tendrán como debidamente incorporados al Colegio.

Artículo 10º. -El médico y cirujano que desee ejercer la profesión en Costa Rica, en virtud de tratados internacionales, para obtener la correspondiente autorización deberá cumplir las disposiciones del ARTÍCULO cuarto de la Ley y cumplir los requisitos que establece el presente Reglamento.

Artículo 11. -Todos los miembros del Colegio, inscritos o autorizados, así como los técnicos autorizados están en la obligación de ejecutar los trabajos que se le encomienden, ya sea por Asamblea o por la Junta, salvo justa causa comprobada a juicio de la Junta.

Para el cabal cumplimiento de las funciones encomendadas, las instituciones del Estado en donde laboran los médicos están en la obligación de otorgar los permisos respectivos con goce de salario, conforme la solicitud escrita que para tal efecto presente la Junta, con indicación del cargo que desempeñan, membresía ya sea de ésta, tribunal o comisiones de las que forman parte y día y hora para qué se solicita el permiso. Asimismo, la Junta deberá comunicar de inmediato cuando un médico que goza de dicho permiso ha dejado de ser miembro de la Junta, tribunales o comisiones dichas.

Artículo 12. -A los miembros del Colegio que sin motivo justificado dejaren de cumplir cualquier trabajo que la Asamblea o la Junta les encomiende, o aplazaren su despacho más allá del tiempo que se les hubiere fijado, se les impondrá una multa equivalente a dos cuotas de colegiatura vigente. En igual pena incurrirán cuando se negaren a suministrar a la Asamblea o a dicha Junta los informes que se les soliciten sobre los trabajos que éstas le hayan encargado. Estas multas ingresarán a los fondos del Colegio.

Artículo 13º. -Todo médico inscrito en el Colegio o autorizado para ejercer la profesión y para cumplir con el Servicio Médico Sanitario, está obligado a cubrir la cuota de colegiatura que señale la Junta de Gobierno de conformidad con lo que establece la Ley en sus Artículos 8 y 9.

El médico inscrito que deje de satisfacer tres cuotas de colegiatura será suspendido del ejercicio de su profesión. Esta decisión se publicará en el Diario Oficial La Gaceta, quedando en suspenso todos los derechos que tiene como médico inscrito en el Colegio. Inmediatamente que satisfaga las cuotas atrasadas recuperará sus derechos y podrá continuar ejerciendo su profesión, y así se hará saber mediante el Diario Oficial La Gaceta.

Artículo 14. -Únicamente los médicos y cirujanos inscritos y con la cuota de colegiatura al día, tienen derecho a asistir a la Asamblea General y a elegir y ser elegidos en cargos de la Junta, a formar parte de los Tribunales, Comisiones, Delegaciones o cualquiera otra actividad del Colegio.

Artículo 15. -Todo miembro inscrito en el Colegio para asumir funciones como miembro de la Junta, Tribunales, Comisiones, Delegaciones o cualquier

otra actividad, deberá juramentarse ante la Junta de Gobierno no pudiendo ejecutar funciones, hasta tanto no cumpla este requisito.

El texto del juramento es el siguiente:

"Juráis a Dios y prometéis a la Patria y al Colegio observar y defender la Constitución y las leyes de la República y cumplir fielmente los deberes de vuestro destino?

Si así lo hicieris Dios os ayude y si no, El, la Patria y el Colegio os lo demanden."

CAPITULO III **DE LA ASAMBLEA GENERAL**

Artículo 16. -Las Asambleas serán Generales Ordinarias y Generales Extraordinarias.

Las primeras se efectuarán de acuerdo a lo que dispone la Ley y este Reglamento, en el día y hora que se designe.

Las Asambleas Generales extraordinarias se celebrarán el día y hora que exprese la convocatoria, la cual deberá ser publicada por orden del Presidente de la Junta y conocerán únicamente de los puntos indicados en la convocatoria.

De acuerdo con la Ley la convocatoria se hará en el Diario Oficial La Gaceta y en alguno de los Diarios de mayor circulación, con tres días de anticipación por lo menos indicando el lugar, día y hora de la reunión y los asuntos que deberán ser tratados en ella.

Artículo 17. -Todo miembro inscrito que se encuentre presente en la Asamblea tiene derecho a que se le inserte su voto razonado, en el acta siempre que su razonamiento lo tenga por escrito el Secretario a más tardar dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la sesión.

Artículo 18. -La Asamblea sólo podrá delegar las funciones establecidas en el inciso g) del Artículo 12 de la Ley, previo acuerdo de por lo menos el 10% del total de los médicos inscritos y podrá promulgar su reglamento de sesiones y debates.

CAPITULO IV **DE LA JUNTA DE GOBIERNO**

Artículo 19. -En la segunda quincena de mes de enero de cada año, la Junta celebrará sesión solemne en el auditorio del Colegio, para juramentar a los nuevos miembros de ella, y proceder al traspaso de los cargos.

A esta sesión se invitará a todos los miembros del Colegio mediante aviso en uno de los diarios de mayor circulación. La Junta podrá acordar una lista de invitados especiales y

los miembros salientes y entrantes podrán presentar lista de sus invitados ante aquélla con dos días de anticipación.

Los miembros electos están obligados a asistir a este acto, excepto en caso de fuerza mayor que deberá ser notificado a la Junta.

Si un miembro elegido no tomare posesión de su cargo en el plazo de treinta días naturales después de la instalación de la Junta, sin haber notificado causa justa, su nombramiento quedará revocado y el Tribunal procederá de inmediato a convocar a elección del sustituto siguiendo el procedimiento señalado para elecciones en el presente reglamento.

La nueva integración de la Junta se comunicará a los Supremos Poderes y se publicará en el Diario Oficial "La Gaceta" y en un diario de mayor circulación.

Artículo 20°. -Es obligación de todos los miembros de la Junta ejercer funciones de vigilancia en todas las dependencias del Colegio, así como funciones específicas que se le asignen por la Junta.

Artículo 21°. -La Junta de Gobierno señalará los días y horas en que celebrará las sesiones ordinarias. Las sesiones extraordinarias serán acordadas por esta o por su Presidente y convocadas conforme las disposiciones de este reglamento.

Artículo 22°. -Toda sesión de Junta se iniciará con la lectura del acta anterior, la cual, después de discutida y aprobada, será firmada por el Presidente y el Secretario.

La sesión se ajustará estrictamente a la agenda previa a su convocatoria.

Artículo 23°. Las resoluciones de la Junta deberán consignarse en el libro de actas correspondiente. Ningún acuerdo será ejecutado antes de que el acta respectiva sea discutida y aprobada, salvo que se haya declarado en firme por votación de dos tercios de la totalidad de los miembros.

Artículo 24°. -Todo miembro de la Junta tiene derecho a que se consigne su voto razonado en el acta siempre que el razonamiento se entregue por escrito al Secretario dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al día en que se celebró la sesión.

Artículo 25. -A las sesiones de Junta podrán asistir los miembros del Colegio, previamente invitados por ésta o que les haya solicitado y se haya concedido audiencia, quienes tendrán voz, pero no voto, en los asuntos concernientes al motivo de su visita.

Artículo 26. -En toda discusión el Presidente concederá la palabra a los miembros hasta por tres veces cada uno y en el orden en que la pidan, salvo al proponente del punto en discusión, a quien se le será concedida cuantas veces la solicite para contestar.

Artículo 27. -La asistencia a las sesiones de Junta es obligatoria para sus miembros y para los miembros del Colegio que sean citados por esta.

Artículo 28. -La Junta no podrá delegar las funciones que le indican los incisos 1, 3, 4, 5, 6 y 7 del Artículo 14 de la Ley y podrá promulgar su propio reglamento de sesiones, debate. Cada vez que la Junta vaya a delegar funciones deberá tomar el acuerdo justificado.

Artículo 29. Las funciones que delegue la Junta de Gobierno, será en una persona o comité o comisión y para ello se requiere mayoría absoluta de votos.

Artículo 30. -Son funciones del Presidente:

- a) Representar judicial y extrajudicialmente al Colegio.
- b) Presidir las sesiones que celebren la Asamblea o Junta y declararlas cerradas cuando lo crea conveniente.
- c) Hacer las convocatorias extraordinarias a la Asamblea o a la Junta mediante su Secretaria.
- ch) Suscribir la correspondencia que se dirija a los Supremos Poderes del Estado.
- d) Refrendar los títulos y diplomas que expida el Colegio.
- e) Ejercer su doble voto en caso de empate en una votación de Asamblea o de Junta el Presidente.

En caso de ausencia del Presidente estas funciones serán asumidas y realizadas por el Vicepresidente.

Artículo 31. -Son funciones del Secretario:

- a) Levantar las actas correspondientes a las sesiones de la Asamblea y de Junta.
- b) Refrendar los títulos, certificaciones y demás documentos que expida el Colegio.
- c) Comunicar las resoluciones de la Asamblea y la Junta, cuando ello no corresponda al Presidente.
- ch) Tramitar la correspondencia que no esté exclusivamente reservada al Presidente.

Artículo 32. -Son funciones del Tesorero:

- a) Supervisar la oportuna y completa recaudación de las rentas, contribuciones, multas y otros fondos del Colegio.
- b) Controlar custodiar los bienes y recursos del Colegio, y llevar una adecuada administración y rendimiento de las inversiones de la institución.
- c) Supervisar el adecuado y oportuno registro de las transacciones que realiza el Colegio en los libros legales.
- ch) Participar en forma mancomunada en la autorización y pago de todas las transacciones de la institución.
- d) Supervisar que las transacciones que realiza la institución se ajusten a lo dispuesto en los presupuestos anuales aprobados por la Junta de Gobierno.
- e) Presentar cada año a la Asamblea un estado detallado de ingresos y egresos de tesorería del Colegio, habidos durante el período que termina.
- f) Someter a la Junta al finalizar cada período fiscal, los resultados de la ejecución presupuestaria del año en curso y el proyecto de presupuesto para el año siguiente.

Artículo 33. Son funciones del Fiscal:

- a) Vigilar estrictamente el cumplimiento de la Ley Orgánica y Reglamentos del Colegio.
- b) Representar judicialmente al Colegio en sustitución del Presidente cuando así lo acordare éste o la Junta.
- c) Promover ante quien corresponda el juzgamiento de los miembros del Colegio o de los autorizados por éste para ejercer alguna actividad profesional que delinquieren en la observancia de la Ley o de los Reglamentos respectivos y en cumplimiento de los deberes profesionales, e informar a la Junta de Gobierno de cualquier aspecto que a su juicio debe conocer.
- ch) Dar parte a las autoridades respectivas de la faltas o delitos que llegaren a su conocimiento por ejercicio indebido o ilegal de la profesión.
- d) Llevar un registro de los nombres de las personas que fueren juzgadas por los hechos a que se refiere el inciso anterior.

Artículo 34°. -Son funciones de los Vocales:

Sustituir en orden de numeración, al Presidente en ausencia del Vicepresidente y a todos los demás miembros de la Junta en sus ausencias, asumiendo las obligaciones y deberes del respectivo cargo.

CAPITULO V **DEL TRIBUNAL DE ELECCIONES**

Artículo 35°. -Habrá un Tribunal de Elecciones que tendrá a su cargo todo lo relativo al proceso de elección de miembros de la Junta. Estará integrado por cinco miembros dos de ellos deberán haber pertenecido a Juntas anteriores, de nombramiento de la Junta, por un periodo de dos años. La Junta hará el nombramiento en el mes de febrero del año que corresponde a la toma de posesión del Presidente del Colegio.

No podrá ser miembro del Tribunal el médico que no esté al día en el pago de colegiatura o suspendido como tal.

Artículo 36°. -Los miembros del Tribunal deberán tener mínimo cinco años de inscritos en el Colegio, ser de reconocida honorabilidad y no ser miembros de la Junta vigente. No podrán ser miembros del Tribunal quienes por consanguinidad o

afinidad sean padre, hijo, conyugue, nieto, sobrino o primo hermano de un miembro de la Junta o de los integrantes de las papeletas que participaran en la elección. Si al producirse la inscripción oficial de las papeletas resulte que alguno de los que la integran tienen la relación de parentesco que aquí se indica con un miembro del Tribunal, este miembro lo hará saber a la Junta renunciando a su cargo y la Junta procederá de inmediato a designar el sustituto por el resto del periodo.

Artículo 37. -El Tribunal elegirá de su seno un presidente, un secretario, un primer, segundo y tercer vocal, debiendo el secretario levantar las actas respectivas. El quórum estará formado por tres de sus miembros y sus resoluciones se tomarán por simple mayoría, teniendo el presidente doble voto en caso de empate.

Artículo 38. -Contra las resoluciones o acuerdos del Tribunal cabrá únicamente recurso de revisión, el cual debe ser presentado dentro del siguiente día hábil a su notificación y será resuelto por el Tribunal dentro del siguiente día hábil a su presentación. La resolución que dicte el Tribunal no tendrá ulterior recurso.

Artículo 39. -La Junta dará dentro de sus posibilidades todo el apoyo económico, técnico y administrativo que la realización del proceso electoral requiera.

CAPITULO VI **DE LA ELECCIÓN DE LA JUNTA DE GOBIERNO**

Artículo 40°. -La elección de los miembros de la Junta se efectuará en la segunda quincena del mes de noviembre de cada año, el día y la hora, que establezca el Tribunal, en los centros de votación designados y distribuidos por todo el país, en las unidades de trabajo de las instituciones donde laboren los miembros del Colegio y en la sede de éste en San José, todo lo cual será determinado por el Tribunal.

Los centros de votación se designarán por número de médicos, tomando en consideración su lugar de trabajo y su distribución geográfica, todo a juicio del Tribunal.

Artículo 41°. -Sólo los médicos inscritos que se encuentren en pleno uso de su derecho, estén al día en el pago de la colegiatura y no estén suspendidos, pueden ser candidatos a puestos a la Junta.

Antes del diez de octubre de cada año, en día y hora hábiles del Colegio, deberán registrarse en la secretaría del Tribunal de Elecciones del Colegio las candidaturas para los cargos que se someterán a elección. Este periodo de registro se abrirá, mínimo con veinte días naturales de anticipación.

Artículo 42°. -El Tribunal publicará dentro de los ocho días hábiles previos a la apertura del período de registro y en uno de los diarios de más circulación en el país, el aviso de los cargos a elegir, el día de apertura, el cierre para el registro de candidaturas, sus requisitos y la oficina en donde deben ser presentadas.

Las candidaturas deberán presentarse en formularios que distribuirá el Tribunal mediante papeletas con las respectivas firmas y códigos de los candidatos y acompañadas por lo menos de diez firmas más de miembros del Colegio. Un mismo candidato no podrá registrarse para puestos en distintas papeletas.

Artículo 43°. -El Tribunal, dentro del término de cinco días naturales contados a partir del cierre del período de inscripción, analizará los registros de candidaturas. Procederá a aceptarlas o rechazarlas total o parcialmente de acuerdo con las regulaciones de la Ley y este Reglamento formalizando la inscripción de aquellas que cumplan con los requisitos.

Artículo 44°. -En el periodo electoral los candidatos podrán hacer campaña proselitista hasta cuarenta y ocho horas antes de la votación, debiendo guardar el decoro, respeto y dignidad atinente a la profesión médica, las regulaciones del Colegio y las disposiciones que oportunamente emita el Tribunal.

Artículo 45°. -Los centros de votación se designarán tomando en cuenta el número de médicos, su lugar de trabajo y su distribución geográfica. Este número no debe ser menor de diez médicos en el área rural ni mayor de cien en el Área Metropolitana por cada mesa de votación.

El Tribunal y la Junta dentro del término y especificaciones de la Ley, respectivamente harán la convocatoria a elecciones y a la asamblea general ordinaria. El Tribunal publicará el nombre de los candidatos inscritos, los puestos a elegir, la hora, fecha y lugar donde se realizarán las elecciones y las instrucciones necesarias para el proceso de votación.

Artículo 46°. -El Tribunal nombrará con una antelación no menor de un mes del día de la votación los delegados del Tribunal, titulares y suplentes, que estarán a cargo del proceso electoral en cada centro de votación y los delegados necesarios para la coordinación y fiscalización del proceso en general, quienes contarán con el respectivo permiso laboral para el desempeño de sus funciones debiendo la institución para la cual trabajan otorgarles dicho permiso.

Cada papeleta nombrará un fiscal general que podrá asistir a las sesiones del Tribunal, debiendo convocársele a tal efecto. El fiscal general de toda papeleta será convocado a las sesiones del Tribunal a partir de la fecha del cierre de inscripción o de la comunicación de su nombramiento al Tribunal.

Artículo 47. -En cada centro de votación habrá además fiscales de papeletas, nombrados por éstas ante el Tribunal, quienes no podrán ser los mismos delegados del Tribunal. La lista de fiscales de papeleta debe ser entregada al Tribunal por lo menos veinte días naturales antes de la fecha de la elección. El Tribunal las analizará de inmediato y en caso de impedimento legal o reglamentario así lo hará saber de inmediato a la respectiva papeleta para que ésta, en un plazo de diez días naturales antes de la elección comunique el cambio, con el fin de incluirlo en la documentación que se distribuye en los centros de votación. No podrán ser delegados ni fiscales quienes no estén al día en la cuota de colegiatura o quien se encuentre suspendido en el ejercicio de la profesión.

Artículo 48º. -Los directores médicos de cada unidad de trabajo designada como centro de votación y los directores de cada región programática del país en su institución correspondiente, dispondrán y coordinarán lo necesario con los delegados del Tribunal debidamente nombrados, para efectuar el día fijado con carácter de exclusividad y en el horario que fije este reglamento el proceso de votación. Lo anterior lo realizarán junto con los que trabajen en otras unidades y otras instituciones de la región previamente designados con el fin de realizar la elección en la forma en que este Reglamento indica.

Cada médico podrá votar en su lugar de trabajo o en el sitio de votación que designe el Tribunal. Los médicos en tránsito fuera de su lugar de trabajo sólo podrán votar en los centros de votación donde está ubicado su centro de trabajo permanente o en la sede del Colegio.

Los médicos pensionados y los dedicados a actividades privadas votarán en la mesa más cercana a su lugar de residencia.

Artículo 49º. -Los delegados del Tribunal, en cada centro de votación conducirán el proceso con la colaboración de los fiscales de papeleta debidamente acreditados y que se encuentren presentes.

En lugar visible, se deberá colocar los nombres de los puestos a elegir y sus correspondientes candidaturas inscritas.

Artículo 50º. -Cada miembro del Colegio emitirá su voto para cada puesto, en forma directa y secreta, en una boleta oficial con el sello del Tribunal, la cual se le entregará en el acto, debiendo señalar con claridad el espacio del candidato o candidatos de su simpatía, sea éstos de una misma papeleta o integrantes de papeletas distintas.

Para poder emitir el voto, se exigirá la presentación de la cédula de identidad.

- b) El resto de la cuota de colegiatura, así como la totalidad de los fondos que le asigna la Ley en su ARTÍCULO 18. serán administrados por la Junta y destinados exclusivamente a actividades propias del Colegio.
- c) En lo posible, el Colegio no recurrirá al endeudamiento para hacerle frente a los gastos corrientes. En lo referente a las inversiones fijas, éstas deben financiarse con recursos provenientes de periodos anteriores o mediante préstamos, donde el servicio total de la deuda acumulada por el Colegio, en ningún caso debe superar el 27% de los ingresos corrientes destinados a la administración del Colegio.
- ch) No obstante, la separación de fondos indicada en el Colegio por administrar dicho fondo. Esta suma será fijada anualmente en el presupuesto del Colegio en el cual se indicará también la forma de pago.

El Colegio coleccionará los fondos en la forma en que lo disponga la Junta.

CAPITULO VIII

DE LAS CORRECCIONES DISCIPLINARIAS Y LOS RECURSOS

Artículo 58°. -Cuando la Junta de Gobierno deba imponer una corrección disciplinaria, en cumplimiento de las disposiciones del ARTÍCULO 23 de la Ley. oirá tanto al denunciante como al denunciado por ocho días hábiles, para lo cual hará el señalamiento correspondiente. Este término podrá ser ampliado a juicio de la Junta. Los interesados deberán contestar por escrito dicha audiencia y podrán solicitar a la Junta los reciba.

Artículo 59°. -Los recursos de revocatoria y de apelación ser autenticados por abogado.

Artículo 60°. -Cuando se apele ante la Asamblea General, el recurrente deberá sufragar los gastos de la publicación de las convocatorias para la correspondiente Asamblea, debiendo depositar en la Contabilidad del Colegio la suma que le indique la Junta para tal efecto. Mientras el recurrente no haga el depósito correspondiente, la Junta no ordenará las publicaciones de Ley para la realización de la Asamblea.

Artículo 61º. -El presente reglamento deroga el acuerdo número 3 del 9 de enero de 1967, sus reformas y cualquier otra disposición que se oponga.

Artículo 62º. Rige a partir de su publicación.

Dado en la Presidencia de la República. San José a los 21 días del mes de abril de mil novecientos noventa y cuatro

Publíquese.

R. A. CALDERÓN F.

CARLOS CASTRO CHARPENTIER.
MINISTRO DE SALUD

ANEXO No. 8

REPÚBLICA DE ECUADOR
CONGRESO NACIONAL

PROYECTO

Nº Y-96-057

DE: LEY DE RESPONSABILIDAD Y MALA PRACTICA MEDICA.

INICIATIVA: H. RAFAEL CUESTA CAPUTTI

INGRESO: 4 - IX - 96

DISTRIBUCIÓN: 4 - IX - 96

REPÚBLICA DE ECUADOR
CONGRESO NACIONAL
LEY DE RESPONSABILIDAD Y MALA
PRACTICA MEDICA

TITULO I

CAPITULO PRIMERO

ÁMBITO DE LA LEY

ART. 1. Esta ley regula la responsabilidad profesional médica en todos los centros de salud del Ecuador, sean estos públicos o privados, autorizados o no, y definidos en las leyes.

ART. 2. Su ámbito de aplicación alcanza a las personas naturales y jurídicas dedicadas a toda práctica médica formal o informal.

ART. 3. La responsabilidad profesional médica proviene de toda acción u omisión, cuyo fin sea el de aliviar el dolor, restablecer la salud y/o salvar la vida de un paciente.

También hay responsabilidad profesional médica en cualquier acción u omisión, cuyo fin sea el mejoramiento físico y/o estético de un paciente.

ART. 4. Existe mala práctica médica por parte del profesional o no, que ejerza la actividad de médico, cirujano, odontólogo, obstetrix y demás profesionistas similares y auxiliares: enfermeros/as, tecnólogos médicos, personal paramédico, así como también aquellas personas que presten servicios de tratamiento físico; como es el caso de los quiroprácticos, rehabilitadores, masajistas, dietéticos, etc. cuya conducta encaje en las circunstancias de negligencia, imprudencia, ignorancia, impericia, o por inobservancia de los reglamentos, y/o deberes, y/u obligaciones inherentes a su profesión, arte u oficio y que causare la muerte del paciente, o daño temporal o permanente en su cuerpo o salud.

CAPITULO II

OBJETO DE LA LEY.-

ART. 5. Esta ley tiene por objeto normar la actividad de los profesionales médicos o no, mencionados en el artículo anterior, así como la protección de los ciudadanos que acuden ante ellos en busca de precaver y curar sus afecciones, y/o su estética.

TITULO II

CAPITULO I

DE LAS INFRACCIONES.-

ART. 6. Los profesionales médicos o no, mencionados en el artículo 4 de esta ley, serán penalmente responsables por dolo o culpa en la práctica de su actividad. El acto doloso será reprimido conforme a lo dispuesto en el Código Penal y calificado como infracción dolosa. El acto culposo será reprimido con penas de reclusión menor, penas de prisión, penas pecuniarias y prohibición temporal o definitiva del ejercicio de la profesión o actividad.

ART. 7. La mala práctica médica es una infracción culposa, y se produce cuando los profesionales médicos o no, mencionados en el artículo 4 de esta ley, por negligencia, impericia, imprudencia, ignorancia o, abandono inexcusable, causan la muerte del paciente o daño temporal o permanente en su cuerpo o salud.

ART. 8. Si en un acto de mala práctica médica, en el decurso de la prueba se descubriere la concurrencia de circunstancias previstas y queridas por el agente, este responderá por una infracción dolosa y será sancionado de conformidad a lo establecido en el Código Penal.

CAPITULO II

SUJETO ACTIVO DE LA INFRACCIÓN

ART. 9. Sujetos activos de mala práctica médica son todos los profesionales médicos o no, mencionados en el artículo 4 de esta ley, que hayan participado en el acto proporcionado atención médica o tratamiento a uno o más pacientes.

ART. 10. Es culpable de mala práctica médica, no solo el que cause daño al ejercer una profesión que no conoce, sino también el que, al obrar dentro de los límites del ejercicio normal de su actividad, muestra que no posee el conjunto de conocimientos científicos y prácticos indispensables para el ejercicio de la profesión médica.

ART. 11. Los profesionales médicos o no, serán también responsables por los actos de sus ayudantes, enfermeros o practicantes, cuando estos obren de acuerdo con las instrucciones impartidas por aquellos.

ART. 12. Los representantes de un centro de salud son responsables de mala práctica médica, cuando en dichos centros no se observen rigurosamente todos los procedimientos y métodos necesarios para mantener desinfectados, esterilizados y en asepsia los quirófanos, salas de operaciones menores, salas de emergencia y cualquier otro lugar de atención al paciente.

Serán también responsables de mala práctica médica, los representantes de un centro de salud que no proporcione el mantenimiento requerido a los equipos médicos relacionados directamente con el tratamiento de los pacientes, así como también por la falta del reemplazo oportuno de las piezas descartables o no, de los aparatos utilizados para dar tratamiento a los pacientes.

CAPITULO III

DE LAS PENAS.-

ART. 13. Las penas aplicables a estas infracciones son las siguientes:

- 1.- Reclusión menor
- 2.- Prisión
- 3.- Pago de daños y perjuicios
- 4.- Prohibición definitiva del ejercicio profesional
- 5.- Prohibición temporal del ejercicio profesional de 30 a 360 días.
- 6.- Comisos
- 7.- Multas

ART. 14. La cuantificación de las penas se determinará de acuerdo a la gravedad del daño causado.

ART. 15. Para la cuantificación de las penas y en lo que fuere aplicable se considerarán las normas establecidas en el Código Penal.

ART. 16. La reincidencia constituye circunstancia agravante que determinará que se aplique una pena mayor a la impuesta anteriormente.

ART. 17. Por tratarse de infracciones cuya acción es pública, el perdón de la parte ofendida o la transacción con ésta extingue la acción civil más no la acción penal.

ART. 18. Para la prescripción de las penas establecidas en el artículo 13 se sujetará a lo dispuesto en el Código Penal.

ART. 19. La pena impuesta por la infracción cometida, implica la reparación del daño causado si fuere del caso y/o el pago de daños y perjuicios al lesionado o sus familiares.

ART. 20. Las indemnizaciones serán proporcionales a los daños y perjuicios causados al lesionado.

ART. 21. El tribunal penal que conozca la causa, en la misma sentencia determinará la cuantía de los daños y perjuicios que en forma inmediata deberá satisfacer el sujeto activo de la infracción.

El juez penal dispondrá las medidas precautelatorias necesarias para el cumplimiento de lo prescrito en el inciso anterior.

TITULO III

CAPITULO ÚNICO

DEL PROCEDIMIENTO.-

ART. 22. Los jueces penales son los competentes para conocer de las infracciones mencionadas en esta ley, dentro de su jurisdicción; y, la sentencia la impone el tribunal penal.

ART. 23. Los jueces penales podrán iniciar las acciones prescritas en esta ley conforme a lo establecido en el Código de Procedimiento Penal para los delitos de acción pública.

ART. 24. El ejercicio de la acción penal, corresponde al lesionado o a sus familiares, al agente fiscal, a los jueces de lo penal o conforme lo dispone el Código de Procedimiento Penal.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE, G.** 1993. El Médico y su Responsabilidad. Editorial Temis, S.A. Santa Fé de Bogotá - Colombia. 145 páginas.
- ALTAVILLA, E.** 1987. La Culpa (El Delito Culpos, sus Repercusiones Civiles, sus Análisis Sociológico). Editorial Temis, S.A. Bogotá - Colombia, 483 páginas.
- ALTERINI, A. y LÓPEZ CABANA, R.** 1995. Responsabilidad Civil, Primera Edición, Biblioteca Jurídica Díké, Medellín - Colombia.
- CARDONA FERNÁNDEZ, A.** 1991-1992. La Responsabilidad Médica Ante la Ley. Cuarta Edición Ampliada y Actualizada. Tomo I. Colombia. 580 páginas.
- CARDONA FERNÁNDEZ, A.** 1991-1992. La Responsabilidad Médica Ante la Ley. Cuarta Edición Ampliada y Actualizada, Tomo I. Colombia. 744 páginas.
- CASTAÑO DE RESTREPO, M.** 1995. Responsabilidad por Transmisión de Enfermedades 1ª Edición. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín, Colombia.
- CASTELLANOS ARRIETA, R.** 1978. La Responsabilidad Médica en el Derecho comparado, la Doctrina y el Derecho Panameño. Trabajo de Graduación para Optar por el Título de Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas. Facultad de Derecho, Universidad de Panamá, 270 páginas.
- CÓDIGO DE ÉTICA DE LA ASOCIACIÓN MEDICA NACIONAL.** 1988 Imprinta Universitaria. Panamá, 36 paginas.
- DECLARACIONES Y CONVENIOS SOBRE DERECHOS HUMANOS.** Edición de Miguel Antonio Bernal.
- DOMINGO BERNAL, A.** 1991. Legislación Panameña de Salud. Centro Istmeño de Estudios de Salud (CIES). Primera Edición. Panamá. 93 páginas.
- FRANCO, D.** 1993. La Responsabilidad Penal Médica en la Doctrina, el Derecho Comparado y el Derecho Panameño. Trabajo de Graduación para Optar por el Título de Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas. Facultad de Derecho, Universidad de Panamá, 134 páginas.

- GHERSI, C.** 1993. Responsabilidad por Prestación Médico Asistencial Biblioteca Jurídica Diké Medellín - Colombia. 495 páginas.
- GHERSI, C.** 1992. Reparacion de Daños Editorial Universidad. Segunda Edición Buenos Aires, Argentina. 277 páginas.
- GUZMAN MORA, F.** 1995. De la Responsabilidad Civil Médica Biblioteca Jurídica Diké. 1ª Edición. Medellín - Colombia. 347 páginas.
- IGLESIAS, J.** 1995. Estudios sobre Derecho Probatorio. Primera Edición. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. Panamá. 161 páginas.
- LUTTGER, H.** 1984. Medicina y Derecho Penal. Editoriales de Derecho Reunidas Caracas - Venezuela. 138 páginas.
- MARTÍNEZ RAVE, G.** 1995 Responsabilidad Civil y del Estado. Primera Edición Librería Jurídica Sánchez R Ltda. Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado Medellín, Colombia. 128 páginas.
- MOLINA ARRUBLA, C.** 1994. Responsabilidad Penal en el Ejercicio de la Actividad Médica Biblioteca Jurídica Diké. Primera Edición. Medellín - Colombia. 292 páginas.
- MONTEALEGRE LYNETT, E.** 1988. La Culpa en la Actividad Médica. (Imputación Objetiva y deber de Cuidado). Universidad Externado de Colombia. Bogotá - Colombia 91 páginas.
- MONTERROSO SALVATIERRA, J.** 1993. Culpa y Omisión en la Teoría del Delito Editorial Porrúa, S A. México 206 páginas.
- MORALES FERNÁNDEZ, E.** 1994. La Responsabilidad Penal y Civil del Médico por Negligencia Profesional. 1ª Edición. Investigaciones Jurídicas, S.A. San José. Costa Rica.
- MOSSET ITURRASPE, J. y DIEZ PICAZO, L.** 1991. Daños. Editorial Depalma. Primera Edición Buenos Aires, Argentina. 217 páginas
- MUÑOZ SABATE, L.** 1993. Técnica Probatoria. Editorial Praxis, S.A. Barcelona, España 197 páginas.
- NIÑO, L.** 1994. Eutanasia Morir con Dignidad. Editorial Universidad Buenos Aires-Argentina. 268 páginas.

- PACHAR, J.** 1995. Lecciones de Medicina Legal. Publicaciones Jurídicas de Panamá Primera Edición. Panamá. 193 páginas.
- PÉREZ DE LEAL, R.** 1995. Responsabilidad Civil del Médico, Tendencias Clásicas y Modernas, Doctrina Jurisprudencia y Legislación, Editorial Universidad, Buenos Aires - Argentina, 316 páginas.
- PULICE, LE FERREC y STANZIOLA.** 1995. La Responsabilidad Civil del Médico. Panamá. 52 páginas.
- SERPA FLOREZ, R.** 1995. Ética Médica y Responsabilidad Legal del Médico, Monografías Jurídicas, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá - Colombia, 38 páginas.
- SPROVIERO, J.** 1994. Mala Praxis (Protección Jurídica del Médico). Abeledo - Perrot, S.A. E. Buenos Aires - Argentina. 279 páginas.
- TAMAYO JARAMILLO, J.** 1993. La Indemnización de Perjuicios en el Proceso Penal. Biblioteca Jurídica Diké. Medellín - Colombia, 231 páginas.
- TEJADA RUIZ, C. y SERRANO ESCOBAR, L.** 1994. Responsabilidad Civil y del Estado en la Prestación de Servicios Médico - Asistenciales. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. Santa Fé de Bogotá - Colombia. 253 páginas..
- VALENCIA, Dr. A.** 1997. Responsabilidad Civil Médica por Daños al Paciente. Editorial Jurídica Bolivariana. 1ª Edición. Santa Fé de Bogotá, Colombia. 352 páginas.
- VÁZQUEZ FERREYRA, R.** 1993. Daños y Perjuicios en el Ejercicio de la Medicina Biblioteca Jurídica Diké. Medellín - Colombia. 397 páginas.
- VÁZQUEZ FERREYRA, R.** 1995. Prueba de la Culpa Médica. Biblioteca Jurídica Diké 1ª Edición. Medellín - Colombia. 386 páginas.
- YEPES RESTREPO, S.** 1993. La Responsabilidad Civil Médica. Biblioteca Jurídica Diké, 2da. Edición Santa Fé de Bogotá-Colombia. 186 páginas.
- YEPES RESTREPO, S.** 1996. La Responsabilidad Civil Médica. Biblioteca Jurídica Diké, 4ta. Edición. Santa Fé de Bogotá - Colombia. 258 páginas.
- YUNGANO, LÓPEZ BOLADO, POGGI y BRUNO.** 1992. Responsabilidad Profesional de los Médicos. Cuestiones Civiles, Penales, Médico - Legales y Deontologías. Editorial Universidad, S.R.L. Primera Edición. Buenos Aires, Argentina, 369 páginas.

CÓDIGOS

CÓDIGO CIVIL DE PANAMÁ. 1995. Editorial Mizrachi & Pujol, 5ª Edición, marzo.

CÓDIGO JUDICIAL DE PANAMÁ. 1995. Editorial Mizrachi & Pujol, 7ª Edición, mayo.

CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ. 1994. Editorial Jurídica Bolivariana, 1ª Edición

CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA. 1990
Litografía e Imprenta Lil, S.A. Edición revisada por Atilio Vicenzi. San José de Costa Rica.

DICIONARIOS

BEDOYA SEPULVEDA, L. 1979. Diccionario Jurídico Primera Edición, Colombia

CABANELLAS, G. 1981. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual Tomos I, II, V y VI. 12ava. Edición. Revisado y Ampliado por Luis Alcalá Zamora y Castillo. Editorial Heliasta. S.R.L., Buenos Aires.

CAPITANT, H. 1966. Vocabulario Jurídico Ediciones Depalma. Buenos Aires.

DE SANTO, V. 1991 Diccionario de Derecho Procesal. 2ª Edición. Editorial Universidad. Buenos Aires, Argentina.

DÍAZ DE LEÓN, M. 1989. Diccionario de Derecho Procesal Penal. Tomos I y II. 2ª Edición. Editorial Porrúa, S.A. México.

ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. 1986. Tomos I, II, XVII y XXII Driskill. S A Sarabandi 1370, Buenos Aires, Argentina.

OSSORIO, M. 1989 Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Editorial Heliasta, S. R. L. Viamonte 1730, piso 10º Buenos Aires. República Argentina

PALLARES, E. 1991. Diccionario de Derecho Procesal Civil. Vigésima Edición. Editorial Porrúa, S.A. Ave. República Argentina, México

PUYO JARAMILLO, G. 1981. Diccionario Jurídico Penal. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá, Colombia.

REVISTAS

DERECHO VIGENTE. 1996. Doctrina Vigente: Tudela. Santa Fé de Bogotá, Colombia.

FEDERACIÓN MEDICA ECUATORIANA. La Reforma a la Ley de la Federación Médica Ecuatoriana. Reglamento a la Ley de la Federación Médica Ecuatoriana. Comisión Ejecutiva Nacional 1995-1997. 4ª Edición.

MUY INTERESANTE. 1997 Errores Médicos, cómo evitarlos y defenderse de los abusos. Año 5. Volumen 14, Número 302 Editora Internacional, S.A México, D.F.

SIPROCIMECA Arreglo Conciliatorio entre la Caja de Seguro Social de Costa Rica y el Sindicato de Profesionales de Ciencias Médicas. Enero de 1992 San José de Costa Rica.

ARTÍCULOS

AUMENTAN LAS DENUNCIAS CONTRA LOS MÉDICOS Manuel Alvarez Cedeño. Diario La Prensa, lunes 6 de marzo de 1995. Panamá.

¿ LA JUSTICIA CONTRA LOS MÉDICOS ?. Basilio Dobras. Diario La Prensa. martes 23 de julio de 1989. Panamá.